

08.080

**Message  
relatif à l'initiative populaire «contre les rémunérations  
abusives» et à la révision du code des obligations  
(Droit de la société anonyme)**

du 5 décembre 2008

---

Madame la Présidente,  
Monsieur le Président,  
Mesdames et Messieurs,

Nous vous présentons ci-après le message concernant l'initiative populaire fédérale «contre les rémunérations abusives». Nous vous proposons de la soumettre au vote du peuple et des cantons en leur recommandant de la rejeter. En même temps, nous vous soumettons un contre-projet indirect sous la forme d'une modification du code des obligations que nous vous proposons d'accepter. Ce projet est conçu comme un message additionnel au projet de révision de la société anonyme et du droit comptable (08.011).

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

5 décembre 2008

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Pascal Couchepin  
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

---

## Condensé

*L'initiative populaire fédérale «contre les rémunérations abusives» veut mettre un frein aux indemnités versées à la haute direction de sociétés anonymes cotées en bourse, qui sont jugées excessives. Le comité d'initiative se propose en premier lieu d'atteindre son objectif par un renforcement de la gouvernance d'entreprise. Par ailleurs, il veut permettre aux actionnaires de pouvoir influencer sur la politique de rémunération des cadres dirigeants.*

*A cette fin, l'initiative exige l'adoption des mesures suivantes, applicables exclusivement aux sociétés anonymes cotées en bourse:*

- L'assemblée générale vote chaque année la somme globale des rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif.*
- L'assemblée générale élit annuellement et individuellement les membres du conseil d'administration et son président ainsi que les membres du comité de rémunération.*
- Seule la représentation des droits de vote par un mandataire indépendant est admise. La représentation par un organe de la société et par la banque dépositaire sont bannies.*
- Lors des élections et des votes de l'assemblée générale, les caisses de pension votent dans l'intérêt de leurs assurés et elles communiquent ce qu'elles ont voté.*
- Pour que les actionnaires ne soient plus tenus d'être présents physiquement à l'assemblée générale, ils doivent avoir la possibilité de voter à distance par voie électronique.*
- Les membres des organes ne reçoivent ni indemnité de départ ni rémunération anticipée et ils ne peuvent plus être récompensés par des primes supplémentaires en cas d'achat et de vente d'entreprises.*
- Les membres des organes ne peuvent pas être engagés simultanément dans plusieurs sociétés d'un même groupe en tant que travailleur ou que consultant.*
- La gestion de la société ne peut pas être déléguée à une personne morale.*
- Des dispositions statutaires doivent régler le montant des crédits, des prêts et des rentes octroyés aux membres des organes, de même que les plans d'intéressement et de participation. La durée des contrats de travail des membres de la direction ainsi que le nombre de mandats externes que les membres des organes peuvent exercer doivent également figurer dans les statuts.*
- Les violations des dispositions de l'initiative doivent être sanctionnées par des peines privatives de liberté de trois ans au plus et par des peines pécuniaires pouvant atteindre six rémunérations annuelles.*

- 
- *Toutes ces exigences doivent être mises en œuvre dans la législation dans un délai d'une année à compter de l'acceptation de l'initiative par le peuple et les cantons.*

*Pour améliorer la gouvernance, l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» requiert des intrusions massives dans l'autonomie privée, des dispositions spéciales, des interdictions et des sanctions pénales. L'objectif est de parvenir à une réduction des indemnités de la haute direction.*

*La nécessité d'améliorer la gouvernance est un des moteurs de la révision actuelle du droit de la société anonyme et du droit comptable. Le projet du Conseil fédéral du 21 décembre 2007 (projet 1) contient des innovations qui visent à rétablir l'équilibre entre les différents organes de la société, améliorer la transparence notamment en matière de rémunération de la haute direction, et enfin protéger le statut de l'actionnaire en tant que propriétaire de l'entreprise. Par rapport à l'initiative, la révision proposée va plus loin et s'applique aux quelques 180 000 sociétés anonymes du droit suisse, que leurs titres de participation soient ou non cotés en bourse. En outre, le présent message propose au parlement des modifications législatives complémentaires au projet 1 qui doivent apporter une réponse adéquate à la problématique des rémunérations (projet complémentaire, projet 2 ci-après).*

*Le projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable et l'initiative se rejoignent sur plusieurs points, notamment sur les propositions du présent message (projet 2). Lorsqu'il existe des divergences, le projet complémentaire se montre plus modéré et moins contraignant. Il renonce notamment aux dispositions statutaires restrictives, aux interdictions et aux peines et laisse ainsi suffisamment de place aux actionnaires pour organiser la société d'après leurs besoins. Pour ces raisons, le Conseil fédéral considère le projet 2 comme étant un contre-projet indirect à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives».*

*Si la Suisse devait abandonner son droit des sociétés libéral pour des dispositions lourdes et restrictives, elle perdrait de son attrait au profit de places économiques étrangères. Cela impliquerait des créations plus nombreuses de sociétés à l'étranger, des transferts de siège vers l'étranger et moins d'établissement de nouvelles sociétés en Suisse, ce qui engendrerait des pertes d'emploi ainsi qu'un manque à gagner fiscal.*

*Si l'initiative devait être acceptée, il serait impératif de procéder à une nouvelle révision en profondeur du droit de la société anonyme. Il faudrait donc s'attendre à des retards et à une insécurité juridique. En outre, la mise en œuvre des nouvelles règles constitutionnelles nécessiterait d'importants réaménagements dans divers domaines du droit, les nouveautés proposées ne s'intégrant pas telles quelles dans le système juridique en vigueur.*

*Dans ces circonstances, le Conseil fédéral propose au Parlement de soumettre l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» au vote du peuple et des cantons en leur recommandant de la rejeter. Simultanément, il recommande aux chambres fédérales d'approuver le contre-projet indirect.*

## Table des matières

<b>Condensé</b>	<b>266</b>
<b>1 Aspects formels et validité de l'initiative</b>	<b>270</b>
1.1 Texte de l'initiative	270
1.2 Aboutissement	271
1.3 Délais de traitement	271
1.4 Validité	271
<b>2 Contexte dans lequel l'initiative a vu le jour</b>	<b>272</b>
2.1 Scandales économiques	272
2.2 Renforcement de la gouvernance en Suisse	272
2.3 Critique du comité d'initiative	273
2.4 La gouvernance d'entreprise à l'étranger	274
2.4.1 Principes de gouvernance de l'OCDE	274
2.4.2 Codes de gouvernance étrangers	274
<b>3 But et teneur de l'initiative</b>	<b>274</b>
3.1 But	274
3.2 Teneur	275
<b>4 Le contre-projet indirect</b>	<b>276</b>
4.1 Présentation générale	276
4.1.1 Contexte	276
4.1.2 Historique de la réforme	279
4.1.3 Principaux objectifs de la révision	279
4.1.4 Mise en œuvre	281
4.1.5 Aspects juridiques et conséquences	281
4.2 Commentaire article par article	281
4.2.1 Action en restitution de prestations perçues indûment	281
4.2.2 Devoir de diligence du conseil d'administration et des personnes qui s'occupent de la gestion	283
4.2.3 Réglementation concernant les indemnités	284
4.2.4 Dispositions transitoires	291
4.2.5 Modification du droit en vigueur	292
<b>5 Appréciation de l'initiative</b>	<b>293</b>
5.1 Appréciation du but de l'initiative	293
5.2 Exigences de l'initiative: réalisées par le projet de loi	293
5.3 Exigences de l'initiative: prises en compte par d'autres moyens	295
5.4 Mérites et lacunes de l'initiative	299
5.4.1 Mérites	299
5.4.2 Lacunes	300
5.4.3 Comparaison avec le contre-projet indirect	300

5.5 Conséquences en cas d'acceptation de l'initiative	302
5.5.1 Conséquences pour l'économie	302
5.5.2 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes	303
<b>6 Conclusions</b>	<b>303</b>
<b>Arrêté fédéral relatif à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» (Projet)</b>	<b>305</b>
<b>Code des obligations (Droit de la société anonyme) (Projet)</b>	<b>307</b>

# Message

## **1 Aspects formels et validité de l'initiative**

### **1.1 Texte de l'initiative**

L'initiative populaire fédérale «contre les rémunérations abusives» a la teneur suivante:

I

La Constitution fédérale du 18 avril 1999 est modifiée comme suit:

*Art. 95, al. 3 (nouveau)*

<sup>3</sup> En vue de protéger l'économie, la propriété privée et les actionnaires et d'assurer une gestion d'entreprise durable, la loi oblige les sociétés anonymes suisses cotées en bourse en Suisse ou à l'étranger à respecter les principes suivants:

- a. l'assemblée générale vote chaque année la somme globale des rémunérations (argent et valeur des prestations en nature) du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif. Elle désigne chaque année le président du conseil d'administration et, un par un, les membres du conseil d'administration et les membres du comité de rémunération ainsi que le représentant indépendant. Les caisses de pension votent dans l'intérêt de leurs assurés et communiquent ce qu'elles ont voté. Les actionnaires peuvent voter à distance par voie électronique; ils ne peuvent pas être représentés par un membre d'un organe de la société ou par un dépositaire;
- b. les membres des organes ne reçoivent ni indemnité de départ ni autre indemnité, aucune rémunération anticipée ni prime pour des achats ou des ventes d'entreprises, et ne peuvent pas être liés par un autre contrat de conseil ou de travail à une société du groupe. La gestion de la société ne peut pas être déléguée à une personne morale;
- c. les statuts règlent le montant des rentes, des crédits et des prêts octroyés aux membres des organes, les plans de bonus et de participation et le nombre de mandats externes de ces derniers, de même que la durée du contrat de travail des membres de la direction;
- d. toute violation des dispositions prévues aux let. a à c sera sanctionnée d'une peine privative de liberté de trois ans au plus et d'une peine pécuniaire pouvant atteindre six rémunérations annuelles.

II

Les dispositions transitoires de la Constitution sont modifiées comme suit:

*Art. 197, ch. 8 (nouveau)*

*8. Disposition transitoire ad. art. 95, al. 3*

D'ici à l'entrée en vigueur des dispositions légales, le Conseil fédéral édictera, dans un délai d'une année après l'acceptation de l'art. 95, al. 3, par le peuple et les cantons, les dispositions d'exécution nécessaires.

## **1.2 Aboutissement**

L'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» a fait l'objet d'un examen préliminaire par la Chancellerie fédérale le 17 octobre 2006<sup>1</sup> et a été déposée le 26 février 2008 munie des signatures nécessaires.

Par décision du 2 avril 2008, la Chancellerie fédérale a constaté que l'initiative populaire, pourvue de 114 260 signatures valables, avait abouti sur le plan formel<sup>2</sup>.

## **1.3 Délais de traitement**

L'initiative est présentée sous la forme d'un projet rédigé. Le Conseil fédéral lui oppose un contre-projet indirect. Aux termes de l'art. 97, al. 2, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (LParl)<sup>3</sup>, le Conseil fédéral a jusqu'au 26 août 2009 pour soumettre un projet d'arrêté fédéral accompagné d'un message au Parlement. Conformément à l'art. 100 LParl, l'Assemblée fédérale doit statuer sur cette initiative populaire d'ici au 26 août 2010. Elle peut prolonger le délai d'un an si l'un des conseils au moins a pris une décision sur un contre-projet ou un projet d'acte en rapport étroit avec l'initiative populaire (art. 105, al. 1, LParl).

## **1.4 Validité**

L'initiative remplit les critères de validité fixés à l'art. 139, al. 2, de la Constitution (Cst.)<sup>4</sup>:

- Elle est présentée sous la forme d'un projet entièrement rédigé et elle respecte le principe de l'unité de la forme.
- Les différentes parties de l'initiative présentent un lien objectif entre elles. Le principe de l'unité de la matière est donc aussi respecté.
- L'initiative ne porte atteinte à aucune règle impérative du droit international. Elle remplit donc le critère de la compatibilité avec le droit international.

L'impossibilité manifeste d'appliquer une initiative dans les faits constitue la seule limite matérielle non écrite à une révision de la Constitution. Les exigences formu-

<sup>1</sup> FF **2006** 8319

<sup>2</sup> FF **2008** 2325

<sup>3</sup> RS **171.10**

<sup>4</sup> RS **101**

lées par l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» peuvent être concrétisées sur le plan juridique et appliquées dans les faits.

L'initiative est donc valable.

## 2 Contexte dans lequel l'initiative a vu le jour

### 2.1 Scandales économiques

Ces dernières années, plusieurs scandales économiques retentissants – en particulier la faillite de Swissair – ont ému l'opinion publique. Les directeurs et les membres de conseils d'administration de grandes sociétés ont fait l'objet de critiques virulentes, surtout ceux des sociétés anonymes cotées en bourse qui ont perçu des rémunérations d'un montant considérable alors que leur entreprise enregistrait des pertes. Les indemnités de départ conséquentes versées à certains cadres lorsqu'ils quittent leur entreprise sont aussi une source d'incompréhension. Parfois, ces dirigeants d'entreprises sont considérés comme des «arnaqueurs» par le grand public et présentés comme tels dans les médias. Avec la crise financière actuelle, ce thème est à nouveau au premier plan.

### 2.2 Renforcement de la gouvernance en Suisse

#### Adaptations législatives

Les événements évoqués sous ch. 2.1 ont entraîné le dépôt de nombreuses interventions parlementaires<sup>5</sup> réclamant un renforcement de la gouvernance<sup>6</sup> en Suisse. En 2002, l'Office fédéral de la justice a ainsi chargé un groupe d'experts de formuler des propositions d'amélioration. Un projet de loi sur la transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction<sup>7</sup> des sociétés dont les actions sont cotées en bourse a été élaboré sur la base du rapport intermédiaire de ce groupe d'experts. Les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007<sup>8</sup> et les prescriptions en matière de publicité doivent être appliquées pour la première fois pour les comptes annuels 2007.

<sup>5</sup> En particulier: 01.3153 Motion Leutenegger Oberholzer «Transparence des salaires des cadres et des indemnités des administrateurs», transmise sous forme de postulat; 01.3329 Motion Walker «Société par actions. Principes de la <Corporate Governance>», transmise sous forme de postulat; 01.424 Initiative parlementaire Chiffelle «Plus de transparence dans les sociétés cotées en bourse»; 02.406 Initiative parlementaire du groupe de l'Union démocratique du centre «Publication des indemnités et des participations des membres du conseil d'administration et de la direction»; 02.3019 Interpellation Reimann «Entreprises cotées en bourse. Publication des montants versés aux membres du CA et du directoire. Droit de vote des banques afférent aux actions en dépôt»; 02.3086 Postulat Walker «Corporate Governance. Protection des investisseurs»; 02.3698 Postulat Walker «Encadrer et responsabiliser l'entreprise».

<sup>6</sup> La notion de «gouvernance» ou de «gouvernement d'entreprise» vient du terme anglais *corporate governance*. Le but de la gouvernance est d'atteindre un équilibre fonctionnel entre les différents organes de la société (*checks and balances*), une transparence suffisante des processus internes et la protection du statut juridique des actionnaires.

<sup>7</sup> Message du 23 juin 2004 relatif à la modification du code des obligations (Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction), FF 2004 4223.

<sup>8</sup> RO 2006 2629



Le groupe d'experts a rendu son rapport final<sup>9</sup> en automne 2003. Le Département fédéral de justice et police (DFJP) s'en est inspiré pour préparer un avant-projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable qui comporte trois volets principaux: la gouvernance, les structures du capital et la modernisation du régime de l'assemblée générale. Le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation fin 2005. Les propositions concernant la gouvernance furent controversées. L'élargissement des droits des actionnaires et le nouveau régime de la représentation institutionnelle des droits de vote, en particulier, ont suscité l'opposition des milieux économiques. Les dispositions sur la publicité des rémunérations de la haute direction et sur l'élection annuelle du conseil d'administration ont également été contestées. Le DFJP a tenu compte de ces remarques lors de l'élaboration du projet et du message concernant la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable<sup>10</sup> adoptés par le Conseil fédéral le 21 décembre 2007 (projet 1).

### **Autorégulation de l'économie suisse**

Indépendamment des mesures prises par le législateur, les milieux économiques suisses ont également pris des mesures afin d'améliorer la gouvernance par le biais de l'autorégulation. En 2002, la Bourse suisse, SWX Swiss Exchange, a par exemple édicté une Directive concernant les informations relatives à la Corporate Governance (Directive Corporate Governance, DCG)<sup>11</sup>, qui est obligatoire pour toute entreprise dont les titres de participation sont cotés à la Bourse suisse. Son but est de procurer aux investisseurs les informations clés. La Fédération des entreprises suisses, *economiesuisse*, a publié – également en 2002 – son «Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise»<sup>12</sup> qui formule des recommandations en matière de gouvernance à l'intention des entreprises et des organisations. Ces deux textes sont régulièrement adaptés en fonction des développements observés.

## **2.3 Critique du comité d'initiative**

Le comité d'initiative<sup>13</sup> réuni derrière Monsieur Thomas Minder, directeur de l'entreprise Trybol SA, estime que le projet 1 ne va pas assez loin dans le domaine du renforcement de la gouvernance. Il fait valoir que les seules exigences de l'initiative populaire qui ont été intégrées dans le projet sont celles qui concernent l'abolition de la représentation par un membre d'un organe et par le dépositaire, et l'élection individuelle des membres du conseil d'administration. Il souligne aussi que les dispositions sur la transparence des indemnités qui sont déjà en vigueur n'ont entraîné aucune modération dans la fixation de la rémunération. Il critique en outre *economiesuisse* avec véhémence, jugeant que son «Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise» n'a pas atteint son objectif d'autorégulation.

<sup>9</sup> Bockli Peter, Huguenin Claire et Dessemontet François, *Le Gouvernement d'entreprise, Rapport du Groupe de travail en vue de la révision partielle du droit de la société anonyme*, Lausanne 2004.

<sup>10</sup> FF **2008** 1407

<sup>11</sup> La directive est disponible sur Internet à l'adresse [http://www.six-swiss-exchange.com/download/admission/regulation/guidelines/swx\\_guideline\\_20070101-1\\_fr.pdf](http://www.six-swiss-exchange.com/download/admission/regulation/guidelines/swx_guideline_20070101-1_fr.pdf)

<sup>12</sup> Le code est disponible sur Internet à l'adresse [http://www.economiesuisse.ch/web/fr/PDF%20Download%20Files/pospap\\_swiss-code\\_corp-govern\\_20080221\\_fr.pdf](http://www.economiesuisse.ch/web/fr/PDF%20Download%20Files/pospap_swiss-code_corp-govern_20080221_fr.pdf)

<sup>13</sup> FF **2006** 8319

## **2.4 La gouvernance d'entreprise à l'étranger**

### **2.4.1 Principes de gouvernance de l'OCDE**

Les gouvernements des Etats membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ont adopté la révision des Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE<sup>14</sup> le 22 avril 2004. Ces principes comportent des recommandations concernant le renforcement des droits des actionnaires, le traitement équitable des actionnaires, le rôle des différents partenaires de l'entreprise, la transparence et la diffusion de l'information et enfin les obligations de l'organe de surveillance. Les principes de gouvernance de l'OCDE n'ont pas force obligatoire pour les Etats membres.

### **2.4.2 Codes de gouvernance étrangers**

Ces dernières années, des codes de gouvernance ont vu le jour dans de nombreux pays. L'European Corporate Governance Institute (ECGI) en a établi la liste<sup>15</sup> qu'il tient à jour en permanence. Pour la plupart, ces codes n'emportent aucun effet juridique contraignant et se limitent à recommander des normes de comportement, raison pour laquelle ils entrent dans la catégorie du *soft law*. Certains d'entre eux, à l'instar du Combined Code on Corporate Governance au Royaume-Uni et du Deutscher Corporate-Governance-Kodex (DCGK) en Allemagne, comportent toutefois une clause *comply or explain* (littéralement «appliquer ou expliquer») qui leur confère certains effets juridiques: les entreprises qui sont tenues d'appliquer le code en question doivent indiquer chaque année si elles ont respecté ou non les recommandations qui y sont formulées. Le but d'une telle déclaration est de créer un climat de confiance entre les entreprises, les investisseurs et le marché des capitaux.

## **3 But et teneur de l'initiative**

### **3.1 But**

L'initiative «contre les rémunérations abusives» veut modérer les indemnités, jugées excessives, qui sont versées à la haute direction des sociétés anonymes cotées en bourse. Pour atteindre ce but, elle propose d'améliorer globalement la gouvernance en renforçant le statut des actionnaires au sein de l'entreprise. Grâce à des mesures concrètes, comme le vote sur la somme globale des indemnités, elle veut accroître le pouvoir des actionnaires, surtout en matière de politique de rémunération de la haute direction. Elle veut aussi interdire certains types d'accords contractuels entre les membres des organes et l'entreprise. Afin de garantir l'application pratique des règles proposées, l'initiative tente d'exclure toute possibilité de les contourner. Elle prévoit enfin des sanctions pénales pour les contraventions aux nouvelles règles.

<sup>14</sup> Les principes sont disponibles sur Internet à l'adresse <http://www.oecd.org/dataoecd/32/19/31652074.pdf>

<sup>15</sup> La liste est disponible sur Internet à l'adresse [http://www.ecgi.org/codes/all\\_codes.php](http://www.ecgi.org/codes/all_codes.php)

## 3.2

### Teneur

L'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» ne vise que les sociétés anonymes suisses cotées en bourse en Suisse ou à l'étranger. Par ailleurs, elle exige explicitement que le contenu de la nouvelle disposition constitutionnelle soit transposé dans une loi.

Les exigences formulées par le comité d'initiative dans le nouvel al. 3 de l'art. 95 peuvent être regroupées comme suit:

– *Elections et votes de l'assemblée générale*

Les actionnaires votent chaque année, lors de l'assemblée générale, la somme globale des rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif.

Le président et les membres du conseil d'administration ainsi que les membres du comité de rémunération doivent être réélus individuellement, chaque année, par l'assemblée générale.

Les actionnaires peuvent participer aux élections et aux votes de l'assemblée générale par voie électronique sans être tenus d'être présents physiquement à l'assemblée.

La représentation par un membre d'un organe de l'entreprise et la représentation par la banque dépositaire sont abolies. Il ne subsiste que la possibilité d'être représenté par un mandataire indépendant qui est élu par l'assemblée générale annuellement.

Les caisses de pension qui détiennent des actions d'une société anonyme suisse doivent exercer leurs droits d'actionnaires dans l'intérêt des personnes qu'elles assurent. Après l'assemblée générale, elles sont tenues de communiquer qui elles ont élu et ce qu'elles ont voté.

– *Accords contractuels illicites*

Les services rendus par les membres des organes de l'entreprise ne peuvent être rémunérés par anticipation. Lorsque d'autres entreprises sont reprises ou que des parties de la propre entreprise sont cédées dans le cadre des activités opérationnelles, les membres des organes ne peuvent pas recevoir de prime au titre de la transaction réalisée. Il est en outre illicite de verser une indemnité de départ aux membres des organes lorsqu'ils quittent l'entreprise.

– *Interdiction des transactions destinées à contourner la loi*

L'entreprise ne rémunère les membres des organes que pour les activités qu'ils y exercent. Les membres des organes d'une société ne peuvent pas simultanément être salariés ou exercer un mandat de consultant dans une autre entreprise du même groupe de sociétés. La délégation de la gestion de la société à une personne morale est également illicite.

– *Dispositions statutaires en rapport avec les indemnités*

L'octroi de crédits, de prêts et de rentes aux membres des organes doit reposer sur une base statutaire. Il en va de même des plans d'intéressement et des plans de participation concernant les membres des organes. Les statuts doivent aussi fixer le nombre de mandats que les membres des organes peuvent

exercer en dehors du groupe. Enfin, la durée des contrats de travail des membres de la direction doit figurer dans les statuts.

– *Dispositions pénales*

Toute personne qui viole les dispositions constitutionnelles proposées par l’initiative doit être punie d’une peine privative de liberté qui pourra aller jusqu’à trois ans et d’une peine pécuniaire dont le montant maximal est fixé à six rémunérations annuelles.

– *Dispositions transitoires*

En attendant l’entrée en vigueur des dispositions légales concrétisant les exigences de l’initiative, le Conseil fédéral devra édicter des dispositions d’exécution dans un délai d’un an à compter de l’acceptation de l’initiative.

## **4 Le contre-projet indirect**

### **4.1 Présentation générale**

#### **4.1.1 Contexte**

##### **Réglementation des indemnités selon le droit en vigueur**

La société anonyme peut rémunérer les membres du conseil d’administration soit sous forme de tantièmes, soit sous forme d’indemnités.

La réglementation concernant les tantièmes se trouve à l’art. 677 du code des obligations (CO)<sup>16</sup>. Selon ses termes, des parts de bénéfices ne peuvent être attribués aux membres du conseil d’administration que si elles sont prélevées sur le bénéfice résultant du bilan après que les affectations à la réserve légale et la répartition d’un dividende de 5 pourcent ou d’un taux supérieur prévu par les statuts.

Etant donné que les indemnités, contrairement aux tantièmes, peuvent être comptabilisées comme charges, elles sont plus intéressantes d’un point de vue fiscal et, partant, beaucoup plus répandues dans la pratique. Les indemnités du conseil d’administration ne sont pas réglementées explicitement dans le droit actuel de la société anonyme. Elles sont basées soit sur une disposition statutaire, soit sur un contrat de travail ou de mandat de la société. La rémunération des personnes chargées de la gestion n’est pas réglée expressément par le droit positif; elle est en principe fixée dans la pratique par le conseil d’administration.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007, des prescriptions spéciales de transparence sont applicables aux sociétés dont les actions sont cotées en bourse. Selon l’art. 663b<sup>bis</sup> CO, ces sociétés sont obligées de divulguer dans l’annexe au bilan toutes les indemnités qu’elles ont versées directement et indirectement aux membres du conseil d’administration, de la direction et du conseil consultatif.

<sup>16</sup> RS 220

## Réglementation des indemnités selon le projet 1

Le projet 1 cherche, entre autres, à améliorer sous l'angle fonctionnel l'équilibre des forces entre les organes et à mieux protéger les droits de propriété des actionnaires. S'agissant des sociétés dont les actions sont cotées en bourse, le projet 1 prévoit pour les indemnités du conseil d'administration les innovations suivantes:

– *Election annuelle et individuelle du conseil d'administration*

L'art. 710, al. 1, P CO prévoit que l'assemblée générale élit annuellement et individuellement les membres du conseil d'administration. Les actionnaires acquièrent ainsi la possibilité de donner leur «appréciation» sur la prestation individuelle des membres du conseil d'administration annuellement. Cela leur donnera aussi la possibilité de prendre indirectement position sur le montant des indemnités versées aux membres du conseil d'administration. Une réélection reste bien entendu possible.

– *Compétence statutaire de l'assemblée générale pour déterminer la politique de la société en matière d'indemnités*

Selon l'art. 627, ch. 4, P CO, l'assemblée générale peut statutairement se réserver la compétence en matière de fixation de la rémunération perçue par les membres du conseil d'administration et des personnes qui leur sont proches ainsi qu'en matière d'octroi d'actions et d'options aux collaborateurs.

– *Action en restitution de prestations indues*

Outre les membres du conseil d'administration, l'art. 678 P CO innove en élargissant aux membres de la direction l'obligation de restituer les prestations de la société (par ex. dédommagement), dans la mesure où elles sont manifestement disproportionnées par rapport à la contre-prestation fournie et aux résultats de la société. Il n'est d'autre part plus nécessaire que la personne qui s'est enrichie ait été de mauvaise foi.

– *Interdiction d'une participation croisée dans les comités de rémunération d'entreprises cotées*

L'art. 717b P CO interdit aux membres du conseil d'administration ou de la direction de sociétés dont les actions sont cotées en bourse, qui siègent en même temps dans une autre société, d'influencer réciproquement le montant de leurs indemnités. Les décisions concernant le montant des indemnités prises en violation de cette disposition sont frappées de nullité et le remboursement des indemnités déjà versées peut être exigé.

– *Transparence concernant les indemnités*

Dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse, tout actionnaire peut demander au conseil d'administration de fournir des renseignements au sujet des indemnités, des prêts et des crédits visés à l'art. 697<sup>quater</sup>. La transparence est ainsi augmentée pour les sociétés privées. Par ailleurs, la transparence est également améliorée pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, ces dernières étant tenues d'indiquer la durée des contrats qui prévoient des indemnités (contrats de travail et mandats en particulier).

Le projet 1 permet aussi de renforcer la gouvernance dans de nombreux autres domaines:

– *Approbation de décisions du conseil d'administration par l'assemblée générale*

Il existe des situations dans lesquelles les propriétaires de l'entreprise doivent, dans leur intérêt, pouvoir s'exprimer au sujet des décisions du conseil d'administration. Aussi, aux termes des art. 627, ch. 14, P CO en relation avec l'art. 716b P CO, il peut être inscrit dans les statuts que certaines décisions du conseil d'administration peuvent être soumises à l'assemblée générale. Les décisions du conseil d'administration, dont la nature exige qu'elles soient exécutées par lui-même, en tant qu'organe de direction, ne sont toutefois pas visées par la réserve d'approbation.

– *Représentation institutionnelle des droits de vote*

La représentation par le dépositaire et la représentation par un membre d'un organe sont abolies pour toutes les sociétés, que leurs actions soient cotées en bourse ou non. Les sociétés dont les actions sont cotées en bourse sont tenues, en vertu de l'art. 689c P CO, de désigner un représentant indépendant. La représentation doit non seulement être indépendante d'un point de vue subjectif, il ne doit pas non plus exister de circonstances suggérant la dépendance. Si besoin est, le représentant indépendant peut être désigné par l'assemblée générale.

– *Modernisation de l'assemblée générale*

Les actionnaires doivent pouvoir exercer par voie électronique leurs droits lors de l'assemblée générale (art. 710c ss P CO). Pour les grandes sociétés surtout, mais également pour des sociétés de plus petite taille lorsque les distances à parcourir par les actionnaires sont importantes, les médias électroniques peuvent apporter des simplifications et permettre de réduire les frais. Leur introduction doit également encourager l'actionnaire à participer activement à l'assemblée générale. Le rôle de cette dernière dans la formation de la volonté de la société s'en trouverait renforcé, de même que la bonne gouvernance. En autorisant le recours aux médias électroniques, on permet aussi aux actionnaires d'exercer plus facilement une influence en matière de politique de rémunération de la société lors de l'assemblée générale.

– *Nouveaux seuils pour l'exercice des droits d'actionnaire*

Il faut disposer d'une quote-part minimale du capital-actions pour pouvoir exercer certains droits d'actionnaire, à savoir requérir la convocation d'une assemblée générale et l'inscription d'un objet à l'ordre du jour, demander l'institution d'un examen spécial et ouvrir une action en dissolution. Dans la pratique, les seuils actuels se sont révélés trop élevés. Pour faciliter l'exercice des droits d'actionnaire, le projet prévoit de les adapter. Des seuils différents se justifient matériellement pour les sociétés anonymes cotées en bourse et les sociétés anonymes privées dans la mesure où les participations dans ces deux types d'entités sont de nature différente. Le projet fixe ainsi le seuil pour requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour d'une société anonyme cotée en bourse à 0,25 % du capital-actions ou des voix, ou à une

valeur nominale des actions de 1 million de francs. Dans les sociétés non cotées, ces seuils sont de 2,5 % du capital-actions ou des voix, ou des actions pour une valeur nominale de 250 000 francs. Pour demander l'institution d'un examen spécial, il faut réunir 0,5 % du capital-actions ou des voix, ou des actions pour une valeur nominale de 1 million de francs au moins dans les sociétés anonymes cotées, et 5 % du capital-actions ou des voix, ou des actions pour une valeur nominale de 250 000 francs au moins dans les sociétés non cotées. Le seuil exigé pour ouvrir une action en dissolution de la société anonyme doit être abaissé de 10 % du capital-actions actuellement, à 5 %.

#### **4.1.2 Historique de la réforme**

Face à la crise financière générale, le Conseil fédéral a décidé, le 22 octobre 2008, de compléter le projet de révision du droit de la société anonyme sur deux points: l'approbation annuelle obligatoire des indemnités du conseil d'administration par l'assemblée générale dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse et l'allègement des conditions de l'action en restitution.

Le Département fédéral de justice et police a élaboré sur cette base un projet qui complète la révision en cours du droit de la société anonyme et du droit comptable (projet 2). Ce projet a fait l'objet d'une prise de position du professeur Hans-Ueli Vogt, Zurich; il a également été soumis à la critique du professeur Peter V. Kunz, Berne, lors d'une discussion. Le professeur Peter Böckli, Bâle, et le professeur Peter Forstmoser, Zurich, ainsi que Dr. iur. Gaudenz G. Zindel, Zurich, se sont également prononcés à son sujet.

#### **4.1.3 Principaux objectifs de la révision**

L'expérience des dernières années et des mois passés a démontré que la réglementation de la politique des entreprises en matière de rémunération ne peut plus être laissée à la seule autorégulation. Le projet 2 prévoit ainsi de nouvelles dispositions qui facilitent l'action en restitution de prestations indues, précisent le devoir de diligence du conseil d'administration et des personnes chargées de la gestion en matière de politique de rémunération et règlent la compétence pour ce qui est de la fixation des indemnités du conseil d'administration.

– *Indemnités dans les sociétés cotées en bourse*

Le projet 2 renforce la position des actionnaires en tant que propriétaires de la société lors de la fixation des indemnités des membres du conseil d'administration. Il améliore les droits des actionnaires à plusieurs égards. Le conseil d'administration doit édicter un règlement de rémunération, qui définit les principes et éléments des rémunérations et des programmes de participation pour les membres du conseil d'administration, les personnes chargées de la gestion et les membres du conseil consultatif ainsi que la compétence et la procédure pour les fixer. En outre, le conseil d'administration doit produire un rapport de rémunération dans lequel il rend compte de l'observation du règlement. Enfin, l'assemblée générale se voit attribuer la compétence impérative d'approuver le montant global des indemnités du

conseil d'administration. L'assemblée générale procède en deux étapes: elle approuve les indemnités de base pour la durée des fonctions à venir du conseil d'administration (examen prospectif) et elle fixe les indemnités supplémentaires pour l'exercice écoulé (rétrospectivement). Cette manière de procéder augmente la sécurité juridique et est plus aisée à mettre en pratique car elle permet à l'assemblée générale d'exercer une influence ciblée sur les différents éléments de la rémunération; elle devrait en outre limiter les procès puisque le conseil d'administration peut toujours compter sur sa rémunération de base. Si la rémunération de base proposée par le conseil d'administration n'est pas approuvée, on peut partir de l'idée que l'administrateur n'acceptera pas son élection. En outre, l'assemblée générale est consultée au sujet du montant global des indemnités pour les personnes chargées de la gestion et, le cas échéant, pour les membres du conseil consultatif. De plus, toutes les sociétés anonymes se voient offrir la possibilité de prévoir dans leurs statuts que les indemnités des personnes chargées de la gestion et des membres du conseil consultatif doivent être approuvées par l'assemblée générale.

– *Action en restitution des prestations perçues indûment*

L'art. 678, al. 2, P CO maintient le critère de la disproportion entre la prestation et la contre-prestation effectuée comme condition de l'action en restitution. Le critère du caractère «évident» de la disproportion et l'exigence d'une disproportion entre la prestation et la situation économique de l'entreprise sont en revanche supprimés. La mauvaise foi n'est plus supposée, ni selon l'al. 1 de l'art. 678 P CO ni selon son al. 2. Le bénéficiaire d'une prestation injustifiée n'est pas tenu à restitution lorsqu'il peut prouver qu'il était de bonne foi au moment où il l'a reçue et qu'il n'est plus enrichi lors de la répétition. La légitimation active est par ailleurs étendue aux créanciers. Le projet 2 introduit d'autre part une nouveauté visant à réduire le risque lié aux frais de procédure pour le demandeur; l'assemblée générale peut en effet exiger du conseil d'administration qu'il ouvre action en restitution au nom de la société. Un parallélisme peut aussi être établi entre le risque lié aux frais de procédure et le succès possible de l'action.

– *Devoir de diligence*

Le devoir de diligence du conseil d'administration et des personnes chargées de la gestion a été expressément réglé et précisé en relation avec la fixation des indemnités. Ces dernières doivent être en harmonie non seulement avec la situation économique de l'entreprise mais encore avec sa prospérité à long terme. Cette précision du devoir de diligence doit faciliter les éventuelles actions en responsabilité.

Les nouvelles dispositions jointes aux innovations du projet 1 améliorent sensiblement la gouvernance, en particulier dans le domaine des indemnités du conseil d'administration.



#### 4.1.4 **Mise en œuvre**

La mise en œuvre du contre-projet indirect n'implique pas d'autres adaptations législatives.

#### 4.1.5 **Aspects juridiques et conséquences**

S'agissant des aspects juridiques et des conséquences, il convient de se référer au message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce)<sup>17</sup>.

### 4.2 **Commentaire article par article**

#### 4.2.1 **Action en restitution de prestations perçues indûment**

*Art. 678*      Restitution de prestations; en général

Il est très important, dans l'optique de la gouvernance, que les sociétés cotées en bourse mais également les sociétés privées puissent se prévaloir d'une réglementation efficace afin d'obtenir le remboursement des prestations perçues indûment. Ce mécanisme, s'il est réellement opérant, constitue en effet un moyen d'empêcher des pertes de substance injustifiées de l'actif de la société. La présente disposition protège donc le droit de propriété des actionnaires et, en dernier ressort, les intérêts des créanciers de la société. L'amélioration des modalités de l'action en restitution doit aussi faciliter les demandes de restitution des indemnités excessives.

Le projet 1 a déjà élargi le cercle des personnes tenues à restitution aux membres de la direction. A l'al. 1, le projet 2 propose en outre de remplacer l'expression «membres de la direction» par «personnes qui s'occupent de la gestion», par analogie à l'art. 754, al. 1, CO. Cette différence terminologique met en évidence le fait que le champ d'application de l'art. 678 P CO ne s'étend pas qu'aux organes formels (membres du conseil d'administration) et matériels (directeurs, gérants, etc.) mais également aux organes de fait<sup>18</sup>. Il convient également d'inclure les membres du conseil consultatif au nombre des personnes tenues à restitution.

L'al. 2 règle la question des distributions occultes de bénéfiques, qui peuvent notamment revêtir la forme d'indemnités surfaites en regard du travail effectué ou de la prestation de service fournie par le bénéficiaire<sup>19</sup>. Il vise ainsi les indemnités fondées sur un contrat dont la validité juridique est incontestable, mais dont les conditions ne sont pas conformes aux règles du marché.

<sup>17</sup> FF **2008** 1407 1565 1568

<sup>18</sup> Message du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes, FF **1983** II 757 963.

<sup>19</sup> Peter Kurer, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (éditeurs), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 2e éd., Bâle 2002, ad Art. 678 CO N 15.

Ici, comme dans l'avant-projet du 2 décembre 2005, il est proposé d'abandonner le critère selon lequel la prestation doit être en disproportion avec la situation économique, respectivement avec les résultats de l'entreprise. Il suffit donc que le rapport entre la prestation et la contre-prestation soit biaisé pour qu'il devienne possible d'en exiger la restitution, et ce même si les finances de l'entreprise sont saines. En effet, la bonne situation économique de la société ne saurait justifier un déséquilibre flagrant entre prestation et contre-prestation.

Contrairement au projet 1, les présentes dispositions ne retiennent plus le critère de la disproportion manifeste. En effet, la notion de disproportion implique déjà qu'il y a un déséquilibre considérable entre la prestation et la contre-prestation, autrement dit que la contre-prestation fournie par le bénéficiaire a une valeur nettement inférieure à celle de la prestation fournie par la société.

L'al. 4, à l'instar de l'avant-projet de 2005, élargit aux créanciers le cercle des personnes légitimées à agir en restitution. Cela se justifie dans la mesure où les prestations indues diminuent l'actif de la société, donc le substrat de responsabilité. De cette manière, le droit des sociétés offre aux créanciers la possibilité de contester des prestations indues qui auraient éventuellement été octroyées d'un commun accord entre le conseil d'administration et les actionnaires.

A l'al. 5, le projet 2 autorise explicitement l'assemblée générale à décider que l'action en restitution doit être intentée par la société<sup>20</sup>. De cette manière, les actionnaires peuvent indirectement faire ouvrir une action en restitution de prestations en faveur de la société sans devoir supporter eux-mêmes les risques liés aux coûts du procès. Pour éviter d'éventuels conflits d'intérêts, l'assemblée générale a aussi la possibilité de confier la conduite du procès à un représentant plutôt qu'au conseil d'administration<sup>21</sup>. Cette disposition va donc plus loin que la norme générale en matière de conflits d'intérêts (art. 717a P CO). Pour faire constater les faits, les actionnaires peuvent, entre autres, invoquer leur droit à demander des renseignements ou requérir l'institution d'un examen spécial.

Le droit actuel ne connaît le critère de la mauvaise foi qu'à l'art. 678, al. 1, CO et la doctrine n'est pas unanime quant à savoir s'il s'applique au premier alinéa seulement ou aux deux premiers alinéas<sup>22</sup>. En tout état de cause, le projet 2 renonce complètement à exiger la mauvaise foi du bénéficiaire. Toutefois, l'obligation de restituer les prestations visées aux al. 1 et 2 ne s'applique pas si le bénéficiaire prouve qu'il a reçu la prestation de bonne foi et qu'il n'est plus enrichi lors de la répétition, autrement dit au moment de l'action en restitution (al. 3).

Enfin, on relèvera que l'approbation des indemnités du conseil d'administration au sens de l'art. 731e P CO ne constitue pas un obstacle à une éventuelle action en restitution. La restitution d'une indemnité de base ou d'une indemnité supplémentaire qui a été approuvée par l'assemblée générale peut en effet être exigée en vertu de l'art. 678, al. 2, P CO si elle est en disproportion avec la contre-prestation fournie. Car si l'assemblée générale approuve le montant global des indemnités du conseil d'administration, elle ne se prononce ni sur la répartition interne de ce montant entre les membres du conseil ni sur la pertinence de chaque indemnité par

<sup>20</sup> Ce droit existe déjà implicitement en vertu de l'art. 693, al. 3, ch. 5, P CO.

<sup>21</sup> Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 36 N 18 ss.

<sup>22</sup> Roger Dürr, *Die Rückerstattungsklage nach Art. 68 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen*, thèse, Zurich 2005, § 6 N 14.

rapport à la contre-prestation fournie par l'administrateur concerné. Par conséquent, la possibilité de vérifier le critère de la disproportion doit rester ouverte.

*Art. 756, al. 2*

L'art. 693, al. 3, ch. 4, P CO offre déjà implicitement la possibilité à l'assemblée générale de décider que la société doit tenter une action en responsabilité. Pour les raisons évoquées précédemment au sujet de l'action en restitution (voir commentaire de l'art. 678, al. 5, P CO ci-dessus) il paraît logique de régler ce point explicitement dans le droit positif pour l'action en responsabilité aussi.

#### **4.2.2 Devoir de diligence du conseil d'administration et des personnes qui s'occupent de la gestion**

*Art. 717, al. 1a (nouveau)* Devoirs de diligence et de fidélité

Le nouvel al. 1a introduit, en plus du devoir de diligence général énoncé à l'al. 1, un devoir de diligence spécifique en matière de fixation des indemnités, qui doit être valable pour toutes les sociétés anonymes. Cette disposition oblige les membres du conseil d'administration et les personnes qui s'occupent de la gestion à veiller à ce que les indemnités soient fixées en considération non seulement de la situation économique de l'entreprise mais encore de sa prospérité à long terme.

En vertu de cette nouvelle disposition, le conseil d'administration et les personnes qui s'occupent de la gestion peuvent donc devoir faire face à une action en responsabilité s'ils ont failli à leur devoir de diligence lors de la fixation des indemnités, au préjudice de la société. Des indemnités conformes aux pratiques du marché qui, faute d'être en disproportion avec la contre-prestation effectuée, ne peuvent pas faire l'objet d'une action en restitution au sens de l'art. 678, al. 2, P CO, pourraient donc tout de même engager la responsabilité du conseil d'administration si elles ne sont pas fixées en considération de la situation économique de l'entreprise ou de sa prospérité à long terme.

Le devoir de diligence prévu à l'al. 1a vise, sur le plan personnel, les membres du conseil d'administration ainsi que les tiers qui s'occupent de la gestion (à ce sujet voir le commentaire de l'art. 678, al. 1, P CO ci-dessus) et, sur le plan matériel, les indemnités que ces personnes fixent ou devraient fixer (plus précisément les indemnités versées aux membres du conseil d'administration, de l'éventuel conseil consultatif et de la direction ainsi qu'aux cadres supérieurs).

L'al. 1a pose en outre deux critères impératifs dont le non-respect entraîne violation du devoir de diligence: la prise en considération de la situation économique de l'entreprise et de sa prospérité à long terme.

Le critère de la situation économique veut que les indemnités soient aussi fixées en fonction de la marche des affaires (les facteurs à retenir sont, entre autres, la couverture du capital, le taux d'endettement, la situation bénéficiaire ou la marge brute d'autofinancement). Le devoir de diligence ne serait par exemple pas rempli si le conseil d'administration, ou les personnes qui s'occupent de la gestion, introduisaient un système de rémunération garantissant le versement d'indemnités supplémentaires «liées à la performance» même en cas de déficit, notamment aux personnes responsables de ce déficit.

Le renvoi à la situation économique de l'entreprise dans le cadre du devoir de diligence en matière d'indemnités n'est pas en contradiction avec l'abandon de ce critère pour l'action en restitution de prestations (art. 678, al. 2, P CO). En effet, la finalité de l'art. 678 P CO est la protection de l'actif social, lequel doit être défendu contre les prélèvements occultes de bénéfiques, quelle que soit la situation économique de l'entreprise. Tandis que l'objet de l'art. 717, al. 1a, P CO est la diligence du conseil d'administration et des personnes qui s'occupent de la gestion dans le cadre de la fixation des indemnités, et dans ce contexte le renvoi à la situation économique de l'entreprise est fondé.

La notion de prospérité de l'entreprise à long terme n'est pas nouvelle dans le droit suisse de la société anonyme (voir art. 669, al. 3, et 674, al. 2, ch. 2, CO ainsi que 673, al. 2, et 960a, al. 4, P CO). Dans le contexte du devoir de diligence en matière de fixation des indemnités, elle signale que la politique de rémunération ne doit pas induire une course aux bénéfices à court terme et qu'au contraire, elle devrait favoriser la constance des bénéfiques, dans l'intérêt de la société à plus long terme.

Les indemnités fixées en considération de la situation économique de l'entreprise et de sa prospérité à long terme respectent le devoir de diligence. Cela signifie que le conseil d'administration et les tiers qui s'occupent de la gestion disposent d'une marge discrétionnaire lors de la fixation des indemnités et que ces dernières ne doivent pas être figées en fonction d'indices économiques. On peut ainsi imaginer des situations où, malgré une situation économique difficile, il serait judicieux d'offrir des salaires attractifs afin de retenir ou de pouvoir recruter des cadres hautement qualifiés ou des spécialistes de haut vol.

La formalisation d'un devoir de diligence en matière de fixation des indemnités ne signifie pas que les rémunérations qui ne sont pas visées par l'art. 717, al. 1a, P CO peuvent être fixées sans observer la diligence requise et à l'encontre des intérêts de la société.

Enfin, si des indemnités ont été octroyées sur la base de rapports de travail fondés sur un droit étranger, l'examen de la diligence du conseil d'administration lors de leur fixation devra aussi tenir compte d'éventuelles prescriptions obligatoires de ce droit, notamment si celles-ci ont une influence directe ou indirecte sur la marge discrétionnaire de l'organe qui fixe les indemnités, voire sur l'ampleur des indemnités. Il faut aussi prendre en considération le volume et les modalités d'éventuelles prestations relevant du droit des assurances sociales.

### **4.2.3 Réglementation concernant les indemnités**

#### *Art. 627, ch. 4*

Cette disposition pose comme condition à leur validité l'inscription dans les statuts des compétences de l'assemblée générale en matière de fixation des indemnités perçues par les membres du conseil d'administration, par les personnes chargées de la gestion, par les membres du conseil consultatif et par les personnes qui leur sont proches, ainsi qu'en matière d'octroi d'actions et d'options aux collaborateurs.

Le champ d'application matériel de cette disposition est le même que dans le projet 1, à la différence près qu'il est étendu à toutes les personnes chargées de la gestion et aux membres d'un éventuel conseil consultatif.

Le projet 2 s'applique à toutes les sociétés anonymes et pas uniquement à celles dont les actions sont cotées en bourse. La formulation est volontairement générale, tant sur le plan matériel que personnel, afin d'offrir une plus grande liberté à l'assemblée générale dans la définition de ses compétences et des modalités d'intervention.

Si les actions de la société sont cotées en bourse, l'assemblée générale peut également adopter une disposition statutaire selon laquelle le montant global des indemnités versées aux personnes chargées de la gestion et aux membres du conseil consultatif doit être approuvé par elle, ou qu'un vote doit avoir lieu non seulement pour le montant global des indemnités mais pour le montant versé individuellement à chaque membre du conseil d'administration. Les statuts peuvent même prévoir une réserve d'approbation de l'assemblée générale au sujet du règlement de rémunération et du rapport de rémunération (art. 716*b*, al. 1, P CO).

L'assemblée générale d'une société dont les actions ne sont pas cotées en bourse peut prévoir dans ses statuts que le conseil d'administration doit appliquer intégralement, ou seulement en partie, les dispositions du nouveau titre E (art. 731*c* à 731*f* P CO). Dans ces sociétés, la marge de manœuvre est plus grande que dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse puisque les art. 731*c* à 731*f* P CO ne sont impératifs que pour ces dernières.

Si l'assemblée générale refuse d'approuver certaines indemnités, voire leur totalité, et que ces dernières figurent déjà dans le rapport de gestion, par exemple en tant que charges dans le compte de résultat, elle ne peut ni approuver le rapport de gestion ni statuer sur l'affectation du bénéfice résultant du bilan (Art. 698, al. 2, ch. 3, P CO et ch. 4 CO). Si une disposition statutaire l'y autorise et que l'assemblée générale refuse d'approuver le règlement ou le rapport de rémunération, mais qu'elle approuve néanmoins les indemnités proposées par le conseil d'administration, cette décision peut être annulée (art. 706 CO).

#### *Art. 716a, al. 1, ch. 2a (nouveau)*

Le conseil d'administration a la responsabilité de mettre en œuvre une politique de rémunération appropriée (cf. art. 717, al. 2, P CO). A cet égard, l'art. 716*a*, al. 1, ch. 2*a*, P CO énonce trois principes fondamentaux: les sociétés dont les actions sont cotées en bourse sont tenues d'édicter un règlement de rémunération (art. 731*c* P CO) et d'établir un rapport de rémunération (art. 731*e* P CO), et ces tâches incombent au conseil d'administration. La promulgation du règlement de rémunération et l'établissement du rapport de rémunération sont des attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration, ce qui signifie que ces tâches ne peuvent en aucun cas être déléguées, que ce soit à la direction, à un comité ou à certain membres du conseil d'administration, ou encore à l'assemblée générale.

#### *Art. 716b, al. 1* Approbation par l'assemblée générale

Les statuts peuvent obliger le conseil d'administration à soumettre certaines de ses décisions à l'approbation de l'assemblée générale, à l'exception de celles prises en vertu de l'art. 716*a*, al. 1, ch. 3, 5, 6 et 7, P CO.

Vu l'élargissement du champ d'application de l'art. 627, ch. 4, P CO aux personnes chargées de la gestion et aux membres du conseil consultatif, une adaptation de l'art. 716*b*, al. 1, P CO s'impose aussi. Il doit en effet être possible d'adopter une disposition statutaire prévoyant une réserve d'approbation de l'assemblée générale

pour les questions relatives à l'art. 716a, al. 1, ch. 4, P CO, par exemple en ce qui concerne les indemnités des personnes chargées de la gestion. En outre, les statuts peuvent aussi exiger que le conseil d'administration soumette le règlement de rémunération et les rapports de rémunération (art. 716a, al. 1, ch. 2a, P CO) à l'approbation de l'assemblée générale.

Pour le reste, les explications données dans le message du 21 décembre 2007 demeurent entièrement valable<sup>23</sup>.

### **Indemnités dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse**

Les art. 731c et 731d P CO concrétisent les deux attributions intransmissibles et inaliénables conférées au conseil d'administration des sociétés dont les actions sont cotées en bourse, à savoir édicter le règlement de rémunération et établir le rapport de rémunération.

Les art. 731e et 731f P CO énoncent les droits intransmissibles de l'assemblée générale des sociétés dont les actions sont cotées en bourse d'approuver le montant global des indemnités du conseil d'administration et de s'exprimer lors d'un vote consultatif sur le montant global des indemnités des personnes chargées de la gestion et des membres du conseil consultatif.

Les art. 731c à 731f P CO règlent à la fois des attributions du conseil d'administration et des pouvoirs de l'assemblée générale, raison pour laquelle ils ont été regroupés sous un nouveau titre E placé à la fin du chap. III relatif à l'organisation de la société.

#### *Art. 731c (nouveau)* Règlement de rémunération

Dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, le conseil d'administration est tenu, conformément à l'al. 1, d'édicter un règlement écrit concernant les indemnités, appelé règlement de rémunération. Ce règlement régit la fixation des indemnités des membres du conseil d'administration, des personnes qui sont chargées de la gestion et des membres du conseil consultatif.

Les indemnités visées sont celles définies à l'art. 697<sup>quater</sup>, al. 2, P CO. Les indemnités de départ en font donc aussi partie (art. 697<sup>quater</sup>, al. 2, ch. 5, P CO). Si des prêts et autres crédits ont été consentis aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif, qu'ils soient encore en exercice ou non, ils doivent être indiqués dans l'annexe aux comptes annuels (art. 697<sup>quater</sup>, al. 3, P CO). Mais ils n'en constituent pas pour autant des indemnités s'ils sont conformes à la pratique du marché. En revanche, lorsque le conseil d'administration renonce au remboursement d'une créance de ce type, on a affaire à une indemnité (art. 697<sup>quater</sup>, al. 2, ch. 7, P CO).

En vertu de l'al. 2, ch. 1, le conseil d'administration doit définir les compétences et la procédure pour la fixation de l'indemnité de base et de l'indemnité supplémentaires dans le règlement de rémunération. Il doit notamment indiquer quels membres du conseil d'administration (indépendants/dépendants, exécutifs/non exécutifs) et, le cas échéant, quelles autres personnes (par exemple directeur, membres du conseil

<sup>23</sup> Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2008 1407 1504 s.

consultatif, consultants externes) participent, et de quelle manière, à l'élaboration des décisions. Il doit aussi décrire les droits de participation et de consultation conférés aux bénéficiaires des indemnités. Il n'est pas nécessaire de désigner nommément les personnes concernées dans la mesure où le règlement de rémunération fournit une description fonctionnelle des procédures<sup>24</sup>. Le règlement de rémunération doit aussi prévoir des mesures permettant d'anticiper les conflits d'intérêts (art. 717a s. P CO)<sup>25</sup>. Le conseil d'administration doit enfin définir les compétences et les procédures pour l'établissement du rapport de rémunération annuel (art. 731d P CO).

Le projet ne prescrit pas l'institution d'un comité de rémunération, mais l'existence d'un organe de ce type, formé en majorité de membres du conseil d'administration indépendants et non exécutifs, témoigne de la sensibilité des dirigeants à la question des conflits d'intérêts en relation avec les indemnités. De plus, un tel comité constitue un lieu de réflexion privilégié pour toutes les questions liées aux rémunérations.

Dans les principes de rémunération visés à l'al. 2, ch. 2, le conseil d'administration fixe les objectifs à prendre en considération dans la définition des indemnités (par ex. des objectifs de chiffres d'affaires ou de rendement, des indices, des comparaisons salariales, l'évolution du cours de l'action, des objectifs personnels). Ensuite, il indique comment ces objectifs doivent être pondérés et quels sont les indicateurs permettant de mesurer le degré de réalisation des objectifs. Il doit aussi expliciter le rapport entre l'indemnité de base et l'indemnité supplémentaire. Ces exigences ont pour but de rendre le système de rémunération, et le règlement de rémunération qui le codifie, plus clairs et compréhensibles.

Le règlement de rémunération contient aussi, en vertu de l'al. 2, ch. 3, des informations sur les différents éléments de la rémunération. Le conseil d'administration doit notamment définir quels types d'indemnités la société utilise (art. 697<sup>quater</sup>, al. 2, P CO) et décrire comment les composantes fixes ainsi que celles liées à la performance individuelle et aux résultats se reflètent dans l'indemnité de base et dans l'indemnité supplémentaire.

D'éventuels programmes de participation doivent aussi être inclus dans les éléments de la rémunération. C'est en raison du risque de dilution, ainsi que des structures parfois complexes et des effets à long terme de ces programmes qu'ils sont mentionnés spécifiquement dans l'al. 2, ch. 3. Cela signifie que, dans le règlement de rémunération, le conseil d'administration doit indiquer très précisément quels types de droits de participation, de conversion et d'option sont prévus dans les indemnités, et quelles sont les conditions d'attribution ainsi que les modalités concrètes de ces programmes.

Le règlement de rémunération n'est soumis ni à l'obligation de révision ni à l'approbation de l'assemblée générale. Les sociétés ont toutefois la possibilité d'adopter une disposition statutaire selon laquelle le règlement de rémunération doit être approuvé par l'assemblée générale (art. 627, ch. 4, et 716b, al. 1, P CO).

<sup>24</sup> SWX, Commentaire relatif à la directive sur la Corporate Governance du 20 septembre 2007, ch. 5.1. Peut être téléchargé sur Internet à l'adresse: [http://www.six-swiss-exchange.com/admission/being\\_public/governance\\_fr.html](http://www.six-swiss-exchange.com/admission/being_public/governance_fr.html)

<sup>25</sup> La question des conflits d'intérêts avait déjà été abordée dans le message du 23 juin 2004 relatif à la modification du code des obligations (Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction), et de façon très explicite en ce qui concerne les opérations dites pour compte propre (FF 2004 4223 4227).

Conformément à l'al. 3, une distinction doit être opérée entre l'indemnité de base et l'indemnité supplémentaire (des explications plus approfondies au sujet de ces notions figurent dans le commentaire de l'art. 731e P CO).

Selon l'al. 4, le conseil d'administration doit remettre le règlement de rémunération aux actionnaires et aux créanciers qui le demandent. En ce qui concerne les créanciers, cette obligation est toutefois subordonnée à la condition qu'ils puissent rendre vraisemblable l'existence d'un intérêt digne de protection. Dans la pratique, la notion d'intérêt digne de protection est interprétée de façon restrictive. Le créancier doit en effet démontrer que l'exécution de sa créance paraît concrètement mise en péril. La relation entre le montant de la créance et les droits patrimoniaux du créancier doit aussi être prise en considération pour justifier la consultation des documents (art. 958e P CO). Les créanciers ont aussi la possibilité d'acquérir le statut d'actionnaire en acquérant tout simplement une action.

Il n'est pas suffisant de fournir des informations sur le contenu essentiel du règlement de rémunération, comme cela peut se faire pour le règlement d'organisation au sens de l'art. 716c, al. 4, P CO. Pour satisfaire à son obligation de remise du règlement, le conseil d'administration doit faire parvenir une version intégrale et actuelle du règlement de rémunération, dans sa forme imprimée, au requérant. Si les statuts prévoient un mode de communication électronique (art. 45, al. 1, let. s, de l'ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce; ORC)<sup>26</sup>, l'obligation de remise peut être satisfaite par courrier électronique, par une autre méthode de transmission des contenus basée sur Internet (par exemple un service push mail) ou par la publication du règlement sur le site Internet de la société. L'aspect déterminant est que le requérant doit pouvoir accéder gratuitement au règlement de rémunération dans sa forme intégrale et actuelle et avoir la possibilité de l'imprimer.

#### *Art. 731d (nouveau)* Rapport de rémunération

En vertu de l'al. 1, dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse le conseil d'administration doit établir annuellement un rapport écrit sur les rémunérations (rapport de rémunération) dans lequel il rend compte de manière circonstanciée de la mise en œuvre de toutes les prescriptions figurant dans le règlement de rémunération (art. 731c P CO) et, le cas échéant, dans les statuts (art. 627, ch. 4, P CO).

Le rapport de rémunération porte à la fois sur l'indemnité supplémentaire acquise au titre de l'exercice écoulé<sup>27</sup> et sur l'indemnité de base future (à ce sujet, voir le commentaire de l'art. 731e P CO). Il doit aussi opérer une distinction entre les indemnités du conseil d'administration, d'une part, et celles du conseil consultatif et des personnes chargées de la gestion, d'autre part. Les indications personnelles qui doivent y figurer sont celles exigées à l'art. 697<sup>quater</sup>, al. 4, P CO.

Dans le rapport de rémunération, le conseil d'administration commente toutes les indemnités ainsi que les éventuelles modifications par rapport à l'exercice précédent. Les informations doivent être structurées clairement, en fonction des différents éléments (voir art. 697<sup>quater</sup>, al. 2, P CO). Plus la nature et les modalités de l'indemnité sont complexes, plus le conseil d'administration doit fournir de renseignements.

<sup>26</sup> RS 221.411

<sup>27</sup> Message du 23 juin 2004 relatif à la modification du code des obligations (Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction), FF 2004 4223 4243 s.



Tel est notamment le cas pour la mise en œuvre des programmes de participation, dont toutes les modalités doivent être présentées de façon détaillée (sous-jacent, critères d'attribution, éventuels délais de blocage; en plus, pour les droits de conversion et d'option: durées, conditions de souscription, prix et période d'exercice)<sup>28</sup>. Lorsque le règlement de rémunération a été modifié en cours d'exercice, le conseil d'administration doit motiver cette décision dans le rapport de rémunération et expliquer ses conséquences sur les indemnités.

Le rapport de rémunération doit permettre aux actionnaires de mieux exercer un certain nombre de leurs droits de contrôle. Dans la perspective de l'approbation de ses indemnités par l'assemblée générale (art. 731e P CO) et d'une éventuelle action en restitution (art. 678e P CO), le rapport de rémunération est ainsi crucial pour le conseil d'administration.

Le rapport de rémunération sert en outre de compte rendu circonstancié et, pour ce qui est des indemnités du conseil d'administration, de justificatif qualifié pour la proposition qui doit être soumise à l'assemblée générale en vertu de l'art. 731e P CO. A l'instar du règlement de rémunération, le rapport de rémunération n'est soumis ni à l'obligation de révision ni à l'approbation de l'assemblée générale. Les sociétés ont toutefois la possibilité d'adopter une disposition statutaire selon laquelle le rapport de rémunération doit être approuvé par l'assemblée générale (art. 627, ch. 4, P CO).

Conformément à l'al. 2, les dispositions sur la communication du rapport de gestion (art. 696, al. 1 et 2, CO et 696, al. 3, P CO) s'appliquent par analogie pour la communication du rapport de rémunération. Ainsi, le rapport de rémunération doit être mis à la disposition des actionnaires au siège de la société, au plus tard 20 jours avant l'assemblée générale. Chaque actionnaire peut en outre exiger qu'un exemplaire de ce rapport lui soit délivré gratuitement dans les meilleurs délais. Les titulaires d'actions nominatives doivent être informés de ce droit par une communication écrite, les titulaires d'actions au porteur par une publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) ainsi que dans la forme prévue par les statuts (art. 696, al. 2, CO). Enfin, dans l'année qui suit l'assemblée générale, tout actionnaire peut encore se faire délivrer gratuitement, par la société, le rapport de rémunération dans la forme approuvée par l'assemblée générale (en ce qui concerne l'admissibilité d'une communication électronique, voir commentaire de l'art. 731c, al. 4, P CO).

#### *Art. 731e (nouveau)*      Approbation des indemnités

Selon le ch. 1, l'assemblée générale d'une société dont les actions sont cotées en bourse se prononce annuellement sur l'approbation du montant global des indemnités de base décidé en faveur de ses membres par le conseil d'administration pour la durée du mandat à venir. L'indemnité de base peut comporter des éléments fixes mais aussi une part liée aux résultats et aux prestations. L'assemblée générale doit cependant pouvoir déterminer une somme maximale. Pour définir la part fixe de l'indemnité de base d'un de ses membres, le conseil d'administration se fonde sur la charge que les fonctions qu'il occupe lui imposeront sans doute (par ex. présidence

<sup>28</sup> SWX, Commentaire relatif à la directive sur la Corporate Governance du 20 septembre 2007, ch. 5.1. Peut être téléchargé sur Internet à l'adresse: [http://www.six-swiss-exchange.com/admission/being\\_public/governance\\_fr.html](http://www.six-swiss-exchange.com/admission/being_public/governance_fr.html)

ou vice-présidence du conseil d'administration, tâches de délégué, participation à un conseil ou un comité).

Sur la base du rapport de rémunération (art. 731*d* P CO), le conseil d'administration proposera à l'assemblée générale ordinaire (art. 699, al. 2, CO) d'approuver le montant global des indemnités de base de ses membres pour la durée du mandat à venir. Si des membres du conseil d'administration sont élus lors d'une assemblée générale extraordinaire et que le montant global autorisé reste le même, il ne faudra pas présenter un nouveau rapport de rémunération.

Approuver ou refuser le montant global des indemnités de base sera une attribution intransmissible de l'assemblée générale. Bien qu'elle élise individuellement les membres du conseil d'administration (art. 710, al. 1, P CO), elle approuvera les indemnités en bloc. Le conseil d'administration gardera ainsi une marge de manœuvre suffisante pour mettre en place la haute direction et déterminer son organisation interne. Il pourra notamment choisir les membres des comités formés durant son mandat sans que ses décisions entrent en conflit avec celle de l'assemblée générale.

Si l'assemblée générale rejette le montant global proposé, les candidats pourront renoncer à leur nomination. Si le vote a déjà eu lieu, les personnes élues auront la possibilité de refuser leur élection.

Selon le ch. 2, l'assemblée générale d'une société dont les actions sont cotées en bourse se prononce annuellement sur l'approbation du montant global des indemnités supplémentaires décidé en faveur de ses membres par le conseil d'administration pour l'exercice écoulé. L'indemnité supplémentaire comprend des éléments liés aux résultats et aux prestations. Il ne s'agit cependant pas d'une distribution de parts de bénéfice au sens de l'art. 677 CO, car elle est déjà portée comme charge dans les comptes annuels, lesquels sont soumis au contrôle ordinaire de l'organe de révision. Les indemnités de départ (art. 697<sup>quater</sup>, al. 2, ch. 5, P CO) font partie des indemnités supplémentaires. Etant donné que les indemnités supplémentaires ne peuvent être accordées que sous réserve de l'approbation de l'assemblée générale, les rémunérations susceptibles d'être considérées comme telles au sens de l'art. 731*e*, ch. 2, ne figureront dans les contrats entre les membres du conseil d'administration et la société que sous une forme conditionnelle, à confirmer ultérieurement.

Sur la base du rapport de rémunération (art. 731*d* P CO), le conseil d'administration proposera à l'assemblée générale ordinaire (art. 699, al. 2, CO), d'approuver le montant global des indemnités supplémentaires versées à ses membres pour l'exercice écoulé. L'assemblée générale approuvera uniquement cette somme globale. On évitera ainsi que soient prises contre l'un ou l'autre membre du conseil d'administration des mesures punitives qui ne se fonderaient pas sur des motifs objectifs. Il est cependant possible de s'informer, dans l'annexe aux comptes annuels et dans le rapport sur les rémunérations (art. 731*d* P CO), du montant qui aura été versé à chaque membre du conseil d'administration à titre d'indemnité supplémentaire (art. 697<sup>quater</sup>, al. 4, ch. 1, P CO).

Si l'assemblée générale ordinaire rejette la proposition du conseil d'administration concernant les indemnités supplémentaires, elle ne pourra pas approuver le rapport de gestion ni déterminer l'emploi du bénéfice résultant du bilan (art. 698, al. 2, ch. 3, P CO et ch. 4 CO). Elle ne pourra pas non plus arrêter elle-même un montant inférieur. Le conseil d'administration devra revoir le rapport de gestion avant de le

présenter à l'organe de révision pour le contrôle ordinaire<sup>29</sup>. Il devra en outre élaborer un nouveau rapport de rémunération (art. 731d P CO). Il proposera un nouveau montant global pour les indemnités supplémentaires, sur lequel les actionnaires trancheront lors d'une deuxième assemblée générale. Celle-ci ne sera pas une suite de la première, mais une nouvelle assemblée générale, convoquée selon toutes les dispositions légales applicables<sup>30</sup>.

*Art. 731f (nouveau)*                      Vote consultatif

En vertu de l'al. 1, l'assemblée générale des sociétés dont les actions sont cotées en bourse pourra se prononcer lors d'un vote consultatif sur le montant total des indemnités perçues par les personnes chargées de la gestion et par les membres du conseil consultatif pour l'exercice écoulé. Il s'agira là d'une attribution intransmissible. Le résultat de ce vote ne sera pas juridiquement contraignant pour le conseil d'administration et ne l'exonérera pas non plus de sa responsabilité. Il permettra simplement aux actionnaires de donner leur avis – positif ou négatif – sur le montant des rémunérations<sup>31</sup>. Il faut néanmoins escompter que la seule perspective de devoir justifier les indemnités devant l'assemblée générale entraînera une certaine modération.

En donnant un avis positif, l'actionnaire ne se départ pas de la possibilité d'intenter une action en restitution de prestations (voir art. 678 s. P CO) ou une action en responsabilité (voir art. 754 s. CO).

Si les statuts prévoient que l'assemblée générale doit approuver le montant total des rémunérations des personnes chargées de la gestion et des membres du conseil consultatif (art. 627, ch. 4, P CO), le vote consultatif n'a plus lieu d'être.

Selon l'al. 2, le vote consultatif est sans effet sur le droit des personnes chargées de la gestion et des membres du conseil consultatif à leurs indemnités. Cela résulte de la nature non contraignante du vote consultatif.

## 4.2.4                      Dispositions transitoires

*Art. 6 P disp. trans.*                      Election et durée des fonctions

Le droit actuel postule comme durée de fonctions une période de trois ans (art. 170, al. 1, CO), qui peut toutefois être portée à six ans au maximum par les statuts. Or, si les membres d'un conseil d'administration ont été élus, avant l'entrée en vigueur de la loi, pour plusieurs années il serait impossible de leur appliquer les nouvelles dispositions sur la fixation des indemnités pendant cette période. L'art. 6 des dispositions transitoires prévoit donc que l'art. 710 P CO s'appliquera dès la première assemblée générale ordinaire (art. 699, al. 2, CO) suivant l'entrée en vigueur de la

<sup>29</sup> Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 5b, Die Generalversammlung, Zurich 2003, Brigitte Tanner zu Art. 698 OR, N 122; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 22 N 40.

<sup>30</sup> Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 5b/2, Die Generalversammlung, Zurich 1969, Wolfhart Bürgi zu Art. 698 OR, N 54.

<sup>31</sup> Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2002, Dieter Dubs/Roland Truffer zu Art. 703 OR, n. 4b; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 30 N 72 s.; Felix Horber, Die Konsultativabstimmung in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, RSJ 101 (2005), p. 101, 109.

loi, même si des mandats de membre du conseil d'administration ne sont pas achevés. A partir de ce moment, tout membre du conseil d'administration devra être élu individuellement pour une période d'un an.

*Art. 7 P disp. trans.* Indemnités dans les sociétés cotées en bourse

Les dispositions concernant le règlement de rémunération (art. 731c P CO), le rapport de rémunération (art. 731d P CO) et l'approbation du montant global des indemnités de base du conseil d'administration (art. 731e, ch. 1, P CO) s'appliqueront dès la première assemblée générale ordinaire (art. 699, al. 2, CO) suivant l'entrée en vigueur de la loi, aux termes de l'al. 1.

Selon l'al. 2, les dispositions concernant l'approbation du montant global des indemnités supplémentaires du conseil d'administration s'appliqueront pour la première fois lors de l'exercice suivant l'entrée en vigueur de la présente loi. Il s'agit d'éviter de les appliquer à des faits qui ont eu lieu avant l'entrée en vigueur de la loi (effet rétroactif).

Selon l'al. 3, les dispositions concernant le vote consultatif sur le montant global des indemnités en faveur des personnes chargées de la gestion et éventuellement des membres du conseil consultatif (art. 731f, al. 1, P CO) s'appliqueront dès la première assemblée générale ordinaire (art. 699, al. 2, CO) suivant l'entrée en vigueur de la loi. Elles auront de ce fait un effet rétroactif, mais leur portée est minime. En effet, le vote consultatif ne touche pas les droits aux indemnités des personnes chargées de la gestion et des membres du conseil consultatif (art. 731f, al. 2, P CO).

#### **4.2.5 Modification du droit en vigueur**

*Art. 105 du projet de CPC* Répartition en équité

En cas de litige relevant du droit de la société anonyme, la répartition des frais entre les parties est régie exclusivement par la procédure civile (art. 102 ss P CPC)<sup>32</sup>. Selon un principe classique du droit de la procédure civile, le critère de l'attribution des frais est le fait que la partie succombe ou non (art. 104 P CPC). Ce principe peut s'avérer trop strict dans certains cas. L'art. 105 P CPC prévoit donc une règle d'équité qui permet au juge de répartir les frais selon sa libre appréciation entre le demandeur et le défendeur. Le projet renonçait cependant à prévoir que les frais puissent être mis à la charge de la société si cette dernière n'est pas partie.

Le projet d'art. 105, al. 1<sup>bis</sup>, P CPC constitue un retour à l'état de droit actuel (cf. art. 756, al. 2, CO). Il faut en effet tenir compte du fait que l'actionnaire demandeur, ou le créancier demandeur, supporte un risque financier considérable, bien qu'une issue heureuse du procès profite immédiatement à la société, souvent sans apporter de bénéfice sensible au demandeur.

La disposition ne s'appliquera qu'aux actions en paiement à la société, notamment à l'action en responsabilité (art. 756 CO) et à l'action en restitution (art. 678 P CO). Dans les autres litiges relevant du droit des sociétés, la société est elle-même partie, si bien que l'art. 105, al. 1, P CPC est applicable.

<sup>32</sup> FF 2006 7019

Le tribunal doit tenir compte de toutes les circonstances déterminantes du cas d'espèce dans sa décision sur la répartition des frais. On renonce à mentionner explicitement les critères comme on l'avait fait à l'art. 756, al. 2, CO.

## **5 Appréciation de l'initiative**

### **5.1 Appréciation du but de l'initiative**

L'initiative demande de nouvelles règles en matière de gouvernance «en vue de protéger l'économie, la propriété privée et les actionnaires et d'assurer une gestion d'entreprise durable». Elle se focalise presque exclusivement sur la question de la rémunération des hauts dirigeants des sociétés cotées en bourse. La politique de rémunération a des incidences comptables. Des indemnités excessives peuvent se répercuter directement sur les résultats de l'entreprise. Il en résulte alors des pertes de bénéfices pour les actionnaires; la substance des actions est mise à mal, ce qui réduit en fin de compte la valeur de la part dont ils sont propriétaires. Les actionnaires doivent donc avoir leur mot à dire lorsque des indemnités considérables sont versées à des personnes qui ne supportent elles-mêmes qu'un faible risque économique. Il est du devoir de l'Etat de protéger les droits de propriété des actionnaires, en consolidant la position de ces derniers au sein de la société et en renforçant leurs droits. Sur ce plan, l'initiative et le projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable poursuivent fondamentalement les mêmes objectifs.

### **5.2 Exigences de l'initiative: réalisées par le projet de loi**

L'initiative formule plusieurs exigences auxquelles répondent déjà le projet 1 et les mesures complémentaires exposées dans le présent message:

– *Vote sur la somme globale des rémunérations du conseil d'administration*

Selon la pratique actuelle, le conseil d'administration des sociétés cotées en bourse fixe généralement lui-même le montant des indemnités qui sont versées à ses membres par le biais d'un comité de rémunération. Cette pratique n'est certainement pas irréprochable car elle présente les caractéristiques d'un contrat avec soi-même. C'est pourquoi l'art. 731e P CO soumet le montant global des indemnités du conseil d'administration à l'approbation de l'assemblée générale. S'y ajoute l'obligation, pour le conseil d'administration, d'édicter un règlement de rémunération (art. 731c P CO) et d'établir un rapport de rémunération (art. 731d P CO). En outre, l'art. 663b<sup>bis</sup>, al. 1, ch. 1, CO continuera de s'appliquer: il favorise la transparence dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse en leur enjoignant d'indiquer dans l'annexe au bilan toutes les indemnités qu'elles ont versées directement ou indirectement aux membres du conseil d'administration.

L'art. 663b<sup>bis</sup> CO devient l'art. 697<sup>quater</sup> P CO dans le projet de loi. A quelques retouches près, les deux dispositions sont identiques sur le fond.

– *Election individuelle et annuelle des membres du conseil d'administration*

Le projet prévoit l'élection annuelle et individuelle des membres du conseil d'administration. Il demeurera possible d'être réélu. Si les actionnaires ne sont pas satisfaits des prestations fournies par un membre du conseil d'administration ou s'ils jugent qu'il a perçu des indemnités trop élevées à titre individuel, ils pourront en tirer les conséquences au moment de sa réélection.

– *Abolition de la représentation par un membre d'un organe et par le dépositaire*

Dans la pratique actuelle, lorsqu'un actionnaire absent n'a pas donné d'instructions de vote au représentant membre d'un organe ou dépositaire, ce dernier exerce la plupart du temps les droits de vote dans le sens des propositions du conseil d'administration, ce qui donne à ce dernier un poids disproportionné au sein de la société. La révision du droit de la société anonyme ayant pris pour but de renforcer les droits des actionnaires, seule la représentation par un mandataire indépendant de l'entreprise sera encore autorisée.

– *Vote par des moyens de communication électroniques à l'assemblée générale*

Encore aujourd'hui, il arrive souvent que des actionnaires doivent renoncer à participer à l'assemblée générale, faute de temps ou en raison de la distance à parcourir. Les moyens de communication électroniques leur doivent permettre de se dispenser d'assister physiquement à l'assemblée. Le projet 1 règle de manière détaillée le vote par de tels moyens à l'assemblée générale.

– *Interdiction de déléguer la gestion de la société à une personne morale*

Selon l'art. 716a, al. 1, ch. 4, CO, le conseil d'administration nomme les personnes chargées de la gestion. Dans le message relatif à la dernière «grande» révision du droit de la société anonyme<sup>33</sup>, on expose que «ce sont des particuliers qui seront nommés et révoqués». L'art. 120 ORC prévoit qu'une personne morale ne peut pas être inscrite au registre du commerce en tant que membre d'un organe de direction ou d'administration ou encore en tant que personne munie d'un pouvoir de représentation. En outre, l'art. 707, al. 3, CO précise qu'une personne morale ne peut pas avoir la qualité de membre du conseil d'administration mais que ses représentants, soit des personnes physiques, sont éligibles en son lieu et place. Voici pourquoi il ne semble guère qu'il existe, dans la pratique, de personne morale chargée de la gestion. Il n'y a pas lieu de penser que la situation évoluera à l'avenir dans le but de contourner la loi.

<sup>33</sup> Message du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes, FF 1983 II 757 949.

### 5.3

### Exigences de l'initiative: prises en compte par d'autres moyens

A première vue, les propositions du contre-projet indirect ne concordent pas avec une partie de ses exigences. Il ne faut cependant pas conclure à une ignorance des problèmes ni à une absence de solution. Les mesures concrétisées dans le projet 2 partent, pour certaines, d'une autre approche. De plus, les conséquences des modifications sur les mécanismes et les principes fondamentaux du droit de la société anonyme en général ont été englobées dans la réflexion. On trouvera ci-dessous une synthèse des normes en vigueur ou en préparation répondant à ces exigences de l'initiative:

– *Vote sur la somme globale des rémunérations de la direction*

En règle générale, les rapports entre l'entreprise et les membres de la direction reposent sur un contrat de travail. Selon le droit en vigueur, nommer les membres de la direction est une attribution intransmissible et inaliénable du conseil d'administration. Si la somme globale de leurs rémunérations devait être approuvée par l'assemblée générale, comme le demande l'initiative, il serait impossible de fixer un salaire à l'avance. Or le salaire constitue l'un des éléments essentiels du contrat de travail. En conséquence, les hauts dirigeants de la société devraient travailler pour une rétribution dont une partie au moins serait imprévisible. D'ailleurs, à moins que les membres de la direction n'appartiennent également au conseil d'administration, il ne s'agit pas, ici, d'un contrat avec soi-même. Or ce type de cumul de mandats, très critiqué, est aujourd'hui devenu rare.

Cependant, afin d'éviter que les indemnités versées à la direction ne restent soustraites à l'influence de l'assemblée générale, l'art. 627, ch. 4, P CO permet de donner à cette dernière, dans les statuts, la compétence de fixer les indemnités perçues par les personnes chargées de la gestion. En outre, le nouvel art. 731f P CO impose que l'assemblée générale des sociétés cotées en bourse ait un droit de vote consultatif sur les indemnités de la direction. Afin de garantir la transparence, l'art. 663b<sup>bis</sup>, al. 1, ch. 2, CO (repris par l'art. 697<sup>quater</sup>, al. 1, ch. 2, P CO) exige que les sociétés dont les actions sont cotées en bourse indiquent dans l'annexe au bilan toutes les indemnités qu'elles ont versées directement ou indirectement aux personnes auxquelles le conseil d'administration a délégué tout ou partie de la gestion de la société.

– *Vote sur la somme globale des rémunérations du comité consultatif*

En général, le comité consultatif ne détermine pas lui-même sa rémunération. Il n'y a donc pas, ici non plus, cet aspect gênant de contrat avec soi-même. Néanmoins, les statuts pourront donner à l'assemblée générale la compétence de fixer les indemnités des membres du conseil consultatif, aux termes de l'art. 627, ch. 4, P CO. En outre, les sociétés dont les actions sont cotées en bourses sont déjà tenues d'indiquer dans l'annexe au bilan toutes les indemnités qu'elles ont versées directement ou indirectement aux membres du comité consultatif, selon l'art. 663b<sup>bis</sup>, al. 1, ch. 3, CO actuel (repris par l'art. 697<sup>quater</sup>, al. 1, ch. 3, P CO).

– *Election annuelle du président du conseil d'administration*

En droit actuel, le conseil d'administration désigne son propre président à moins que les statuts n'attribuent cette compétence à l'assemblée générale (art. 712, al. 2, CO). Le faire élire par l'assemblée générale, comme le demande l'initiative, n'apporterait pas grand-chose matériellement. Si les actionnaires ne veulent pas d'une certaine personne comme président du conseil d'administration, ils peuvent déjà ne pas la réélire en tant que membre de cet organe.

– *Election annuelle des membres du comité de rémunération*

Le conseil d'administration peut former des comités en son sein. De ce fait, les membres du comité de rémunération sont nécessairement membres du conseil d'administration. En tant que tels, ils doivent être élus individuellement chaque année. Aussi, pour accroître la transparence des comités des rémunérations, le ch. 3.5 de la DCG exige des sociétés qui lui sont soumises qu'elles donnent des indications sur la composition, les attributions, la délimitation des compétences et la méthode de travail de tous leurs comités du conseil d'administration. De plus, l'art. 717b P CO permettra d'éviter les conflits d'intérêts au sein du comité de rémunération: les personnes qui siègent ensemble dans le conseil d'administration ou à la direction d'une autre société cotée en bourse ne devront pas pouvoir influencer réciproquement le montant de leurs indemnités.

– *Election annuelle du représentant indépendant*

Si des actionnaires d'une société cotée en bourse ne peuvent pas prendre part personnellement à l'assemblée générale, ils ont la possibilité de charger un représentant indépendant de l'entreprise d'exercer en leur lieu et place leurs droits de vote. Ces représentants ne doivent pas seulement être subjectivement indépendants de la société. Il ne doit pas non plus exister de circonstances suggérant la dépendance. Les modalités de désignation des représentants sont en revanche d'une importance secondaire, à moins que l'on ne veuille faire un procès d'intention à tous les représentants potentiels en présumant qu'ils se comporteront de manière déloyale et serviront toujours les intérêts du conseil d'administration. Si l'art. 689c P CO prévoit que les représentants sont en principe désignés par la société, rien n'interdit de décider au besoin que les représentants indépendants seront élus par l'assemblée générale.

La règle selon laquelle le représentant indépendant suit les recommandations du conseil d'administration concernant les propositions non inscrites à l'ordre du jour ne s'applique que de manière subsidiaire. L'actionnaire peut tout à fait lui donner d'autres instructions.

– *Régime spécial pour les caisses de pension*

Les dispositions de l'initiative concernant les caisses de pension impliquent aussi de nouvelles prescriptions concernant les actionnaires. Une partie de l'actionnariat se verrait en effet imposer l'obligation supplémentaire de communiquer comment il a voté. En outre, ces actionnaires – les institutions de prévoyance – seraient tenus de voter dans l'intérêt de leurs assurés. Ces propositions sont louables, mais leur mise en œuvre pourrait être semée



d'embûches. On peut par exemple se demander s'il est toujours aisé de déterminer quel est l'intérêt des assurés. La situation n'est pas claire non plus quant à la responsabilité des organes de la caisse de pension, par exemple si le vote est exercé dans l'intérêt des assurés mais pas dans celui de l'institution de prévoyance elle-même. L'exercice des droits des actionnaires par les caisses de pension est régi actuellement par l'art. 49a, al. 2, de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)<sup>34</sup>, laquelle laisse à l'institution de prévoyance le soin de définir les règles qu'elle entend appliquer en la matière. Les membres de l'organe suprême paritaire prennent les décisions en matière de vote<sup>35</sup>.

– *Accords contractuels illicites*

Le droit en vigueur ne prévoit l'attribution de parts de bénéfiques aux membres du conseil d'administration que sous forme de tantièmes (art. 677 CO). Toutes les autres formes de rémunération des membres des organes ont été développées par la pratique, sur la base d'accords contractuels conclus entre la société et les membres des organes. De même, la nature des indemnités, leur montant et les modalités de versement reposent sur un accord entre les parties. Interdire les accords contractuels, comme le demande l'initiative, restreindrait considérablement la liberté contractuelle.

Si les prestations convenues s'avèrent disproportionnées par rapport à la contre-prestation effectuée, il sera possible d'exiger la restitution ultérieurement (art. 678 P CO).

– *Interdiction faite aux membres des organes de conclure un contrat de conseil ou de travail avec une société du groupe*

Afin de garantir la transparence, le droit actuel oblige les sociétés dont les actions sont cotées en bourse à indiquer dans l'annexe au bilan les indemnités versées «indirectement»<sup>36</sup> (art. 663b<sup>bis</sup>, al. 1, CO). Cette disposition est maintenue dans le projet, à l'art. 697<sup>quater</sup>, al. 1, P CO.

Afin d'éviter que les nouvelles règles qu'ils demandent ne deviennent inopérantes, les auteurs de l'initiative tentent d'empêcher que des indemnités ne soient versées «par la petite porte». En Suisse, les dispositions relatives aux groupes de sociétés se caractérisent à dessein par une faible densité normative. Il incombe ainsi aux organes des sociétés du groupe de déterminer quelles personnes occupent quelles fonctions dans ces sociétés. Il serait donc étranger au système d'insérer une nouvelle norme dans le droit des groupes de sociétés uniquement pour éviter en partie un abus possible dans un autre domaine.

<sup>34</sup> RS 831.441.1

<sup>35</sup> Bulletin de la prévoyance professionnelle de l'Office fédéral des assurances sociales du 10 décembre 2001, n° 59, n. marg. 367.

<sup>36</sup> Voir message relatif à la modification du code des obligations (Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction), FF 2004 4223 4241.

- *Les statuts règlent le montant des rentes, des crédits et des prêts octroyés aux membres des organes*

Selon le droit actuel (art. 663<sup>bis</sup>, al. 3, ch. 1, CO), tous les prêts et les crédits en cours consentis aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif doivent être indiqués dans l'annexe au bilan. Les indemnités versées aux anciens membres de ces organes doivent également y être mentionnées (art. 663<sup>bis</sup>, al. 1, ch. 4, CO). Ces dispositions sont reprises dans le projet (art. 697<sup>quater</sup> P CO). Il est en effet essentiel que les montants soient publiés si l'on veut que les actionnaires puissent assumer leur fonction de contrôle.

- *Les statuts règlent les plans de bonus et de participation des membres des organes*

Selon le projet de loi, les programmes de participation seront régis par le règlement de rémunération (art. 731c P CO). Le conseil d'administration exposera leur mise en œuvre concrète dans le rapport de rémunération (art. 731d P CO). Il sera possible de confier à l'assemblée générale, par une clause statutaire, la compétence d'octroyer des actions et des options aux collaborateurs (art. 627, ch. 4, P CO). En outre, le ch. 5.1 de la DCG exige que soient communiqués les principes et les éléments des rémunérations et des programmes de participation dont bénéficient les membres du conseil d'administration et de la direction, ainsi que les règles de compétence et de procédure présidant à la fixation de ces rémunérations et programmes.

- *Les statuts règlent le nombre de mandats externes des membres des organes*

L'initiative n'arrête pas le nombre de mandats autorisés: il appartient à la société de fixer à sa convenance un maximum dans les statuts. Pourtant, le cumul d'un petit nombre de mandats, même à l'intérieur du groupe, peut placer la personne concernée au cœur d'un conflit d'intérêts et lui prendre un temps excessif. Limiter le nombre de mandats ne résoudrait pas ce problème.

L'art. 717a P CO introduit une nouvelle règle en cas de conflit d'intérêts chez les membres du conseil d'administration et de la direction: la personne concernée devra, dans un tel cas, se récuser. Les ch. 3.2 et 4.2 de la DCG demandent que soient communiqués, pour chaque membre du conseil d'administration ou de la direction, ses fonctions au sein d'organes de direction et de surveillance de corporations, d'établissements ou de fondations importants – suisses ou étrangers – de droit privé et de droit public, les fonctions permanentes de direction ou de consultation qu'il exerce pour le compte de groupes d'intérêt importants – suisses ou étrangers – et leurs fonctions officielles et mandats politiques. De plus, les dispositions actuelles sur la prohibition de faire concurrence (art. 340 ss CO) s'appliquent aux membres de la direction, qui sont liés par un contrat de travail à la société.

- *Les statuts règlent la durée du contrat de travail des membres de la direction*

La durée du contrat de travail des membres de la direction devra à l'avenir être indiquée dans l'annexe aux comptes annuels, conformément à l'art. 697<sup>quater</sup>, al. 1, ch. 2, P CO. Cette règle vise à fournir aux actionnaires les informations dont ils ont besoin. La clause statutaire demandée par

l'initiative va trop loin: il n'entre pas dans la fonction de l'assemblée générale de négocier les modalités des contrats de travail.

– *Dispositions pénales*

Les peines proposées ne trouvent pas leur place dans la systématique de la nouvelle – et récente – partie générale du code pénal (CP)<sup>37</sup>. En outre, les actes punissables ne sont pas énumérés concrètement: l'initiative parle de violations en termes généraux, sans préciser exactement qui se rend coupable de quoi et par quel comportement. La transposition de ce type de disposition constitutionnelle dans la loi nécessiterait de difficiles précisions, indispensables pour garantir la sécurité juridique.

– *Dispositions transitoires*

L'Assemblée fédérale doit en principe décider avant le 26 août 2010 si elle recommande d'accepter ou de rejeter l'initiative populaire, en vertu des dispositions de l'art. 105, al. 1, LParl. Ce délai peut être prorogé d'une année conformément à l'art. 105, al. 1, LParl. Le Conseil fédéral, quant à lui, a ensuite dix mois pour soumettre l'initiative au vote populaire (art. 74, al. 1, de la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques<sup>38</sup>). L'initiative populaire lui accorde encore un an, à partir de la votation, pour édicter les dispositions d'exécution nécessaires (nouvel art. 197, ch. 8, des dispositions transitoires de la Cst.). Enfin, il faudra aussi que se déroule la procédure de législation ordinaire.

Donc, si l'initiative populaire était acceptée, la mise en œuvre des mesures exigées prendrait encore un certain temps. Etant donné que la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a déjà commencé à examiner le projet de révision du droit de la société anonyme et que la nécessité de régler d'urgence la question des rémunérations ne fait pas débat, il y a tout lieu de croire que le projet de modification du CO entrera en vigueur avant une éventuelle mise en œuvre de l'initiative.

## **5.4 Mérites et lacunes de l'initiative**

### **5.4.1 Mérites**

Avec la crise financière, l'attention du public s'est encore davantage focalisée sur l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives». Les indemnités versées aux hauts dirigeants des sociétés font l'objet d'un vaste débat au sein du public et des milieux politiques. Il est incontesté aujourd'hui que la question mérite d'être réglée dans la loi. Des solutions naguère combattues avec véhémence rencontrent désormais un large assentiment. Les auteurs de l'initiative ont assumé à ce titre un rôle pionnier en sensibilisant la population à ce thème. Même si la plupart de leurs exigences étaient déjà connues avant le lancement de l'initiative, celle-ci a sans aucun doute inspiré l'action politique.

<sup>37</sup> RS 311

<sup>38</sup> RS 161.1

**Risque de surréglementation**

L'initiative ne comporte aucune indication quant à sa mise en œuvre à l'échelon législatif. Le droit de la société anonyme est un ensemble complexe dans lequel une intervention ponctuelle peut avoir de vastes répercussions. On ne pourra pas se contenter d'intégrer tel quel l'art. 95, al. 3, Cst. proposé par l'initiative dans le CO. Les nouvelles mesures requièrent d'importantes adaptations si l'on veut assurer qu'elles s'intègrent dans le système juridique actuel. Il faudrait notamment modifier et compléter le droit de la société anonyme, mais aussi, éventuellement, le droit des contrats – nous pensons en particulier aux contrats de travail des membres de la direction. En outre, les dispositions spéciales applicables aux institutions de prévoyance exigeraient des modifications du droit de la prévoyance professionnelle.

Les sociétés anonymes cotées en bourse sont des sujets relevant du droit privé qui bénéficient aussi de l'autonomie privée. Or, en imposant des interdictions et des sanctions pénales, l'initiative porte gravement atteinte à cette liberté. Assortie des clauses statutaires obligatoires qu'elle exige, elle introduit dans le droit de la société anonyme un système rigide de réglementation des indemnités, qui laisse peu à l'appréciation des acteurs. Sur ce point, elle n'est pas conséquente dans ses efforts pour améliorer la position des actionnaires. Si l'on veut leur confier le soin de fixer le montant des indemnités, il faut aussi leur laisser suffisamment de latitude pour déterminer l'organisation et les mécanismes de la société.

**Les actionnaires doivent devenir actifs**

Il n'est pas certain que l'initiative changera quelque chose à la passivité des actionnaires. Jusqu'à présent, ils n'ont pas essayé d'influer sur le montant des indemnités des hauts dirigeants, par exemple en refusant la décharge ou l'approbation des comptes annuels ou en révoquant des membres du conseil d'administration. Pour modérer réellement les rémunérations, il faut d'abord changer l'état d'esprit de l'actionnariat, car si les actionnaires n'agissent pas, l'initiative «contre les rémunérations abusives» n'a aucune chance d'atteindre son objectif. En ce sens, il est trompeur de parler d'amélioration de la «démocratie actionnariale». La prétendue influence de l'actionnaire au sein de l'assemblée générale est déterminée par le capital que détient chacun. Tous les actionnaires ne disposent donc pas du même poids dans les scrutins, loin de là. En outre, il est précisément facile à un actionnaire d'acquérir davantage de voix dans une société cotée en bourse, sous forme d'actions.

**Nouveautés proposées par le présent message**

Comme on a pu le voir aux ch. 5.2 et 5.3, le contre-projet indirect satisfait aux exigences essentielles de l'initiative. Le projet de loi ne se limite cependant pas à la question des rémunérations des hauts dirigeants des sociétés, mais propose une autre approche du droit des sociétés anonymes. On peut donc parler à juste de titre de nouvelle «grande» révision du droit de la société anonyme. Le projet complémentaire 2 prévoit, dans le domaine des indemnités, des mesures plus radicales que l'initiative: par exemple le perfectionnement de l'action en restitution, l'instauration du règlement de rémunération et du rapport de rémunération, la concrétisation des

devoirs de diligence et de fidélité. Au contraire de l'initiative, certaines mesures concernent toutes les sociétés anonymes soumises au droit suisse, et non pas seulement celles qui sont cotées en bourse.

### **Etat d'avancement des deux procédures**

Comme l'initiative populaire ne peut demander qu'une révision de la Constitution, ses auteurs prévoient – à juste titre – dans le texte constitutionnel la mise en œuvre de la nouvelle disposition au niveau de la loi. En raison des délais qu'impose la procédure, le contre-projet indirect est plus avancé que l'initiative populaire. Or les nouvelles règles relatives aux indemnités doivent être appliquées le plus tôt possible. A cet égard, le projet 1 jouit d'un avantage, puisque les délibérations au sein de la commission parlementaire ont déjà commencé et que les normes pourraient entrer en vigueur dans un avenir relativement proche, tandis que l'initiative doit encore suivre la procédure de la votation populaire.

L'initiative ne donne pas d'indications quant à sa mise en œuvre concrète à l'échelon législatif. L'élaboration des dispositions complémentaires exposées par le présent message a mis en évidence des problèmes de nature systématique et des questions essentielles auxquels l'initiative n'apporte pas de réponse. Malgré les circonstances particulières, on a essayé d'élaborer des solutions efficaces tout en modifiant le droit de la société anonyme avec la plus grande circonspection. C'est en cela que le projet s'écarte sur certains points des exigences de l'initiative. Si cette dernière était acceptée, cela ne ferait que retarder la résolution des problèmes qui se posent aujourd'hui et se poseront encore concernant la mise en œuvre. Il n'est pas du tout certain que l'on puisse alors édicter des normes qui permettront aux tribunaux d'élaborer une jurisprudence qui soit en pleine conformité avec l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives».

### **Aspects internationaux**

L'initiative tente d'éviter quelques possibilités d'abus dans le droit de la société anonyme, mais néglige totalement les aspects internationaux. Un transfert de siège de la Suisse vers l'étranger ne signifie pas forcément la cessation des activités de la société en Suisse.

Les sociétés anonymes sont régies en Suisse par le droit de l'Etat «en vertu duquel elles sont organisées». Les sociétés anonymes fondées en Suisse selon le droit suisse sont régies par le droit des obligations. La Suisse applique le principe du lieu de l'incorporation, qui d'ailleurs est maintenant largement dominant dans l'UE, en tant qu'expression de la liberté des services, sur la base de la jurisprudence de la Cour de justice des CE. Il est possible, en Europe, de fonder une entreprise selon le droit d'un Etat de son choix et, de fait, de la gérer depuis un autre Etat, afin de profiter du droit des sociétés de cet Etat et des avantages qui en découlent. Le droit des sociétés est devenu un facteur d'implantation que le chef d'entreprise intègre dans sa réflexion économique.

La loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)<sup>39</sup> a prévu des critères de rattachement spéciaux afin d'éviter que des sociétés anonymes ne se soumettent à un droit étranger pour contourner la loi suisse. Par exemple, l'application obligatoire du droit suisse des raisons sociales crée une certaine transparence

<sup>39</sup> RS 291

quant à l'origine d'une entreprise (art. 157 LDIP). Les tiers qui tablent sur le fait que le droit suisse est applicable, sur la foi des apparences que donne une société active en Suisse mais fondée en vertu du droit étranger, sont protégés dans leurs attentes. Ils peuvent invoquer les dispositions du droit suisse en matière de responsabilité à l'encontre de cette société, bien que celle-ci soit étrangère sur le plan formel (art. 159 LDIP). Le renforcement indirect du devoir de diligence dans le projet (art. 717, al. 2, P CO) s'appliquera ainsi à l'échelle internationale, au travers des art. 159 LDIP et 754 CO.

### **Appréciation du contre-projet indirect**

Le projet du 21 décembre 2007 et les dispositions complémentaires présentées ici poursuivent essentiellement les mêmes objectifs que l'initiative populaire mais sans se fixer pour but de réduire à tout prix le montant des indemnités. Le seul moyen de concrétiser ce but de manière conséquente serait de fixer des limites de rémunération. Il est du devoir de l'Etat de préserver et de renforcer les droits des actionnaires en leur qualité de propriétaires de la société. Toutefois, la réserve est de mise lorsque l'Etat intervient dans l'économie privée. Les réglementations risquent souvent de dépasser leur objectif. Il convient de toujours tenir compte du principe de proportionnalité, inscrit dans la Constitution. Le projet du Conseil fédéral met en place les conditions de base d'une amélioration de la gouvernance d'entreprise. Il laisse cependant une grande place à la liberté que doivent avoir les actionnaires, en tant que personnes responsables d'elles-mêmes, de décider eux-mêmes de la forme qu'ils veulent donner à leur société. Ainsi, le projet complémentaire garantit que la volonté de la majorité sera respectée lors des votes en assemblée générale, non seulement pour les indemnités mais de manière générale.

## **5.5 Conséquences en cas d'acceptation de l'initiative**

### **5.5.1 Conséquences pour l'économie**

L'acceptation de l'initiative se traduirait par une moindre liberté contractuelle et des règles plus rigides pour les sociétés anonymes cotées en bourse. Cela pourrait effrayer des entreprises désireuses de s'implanter en Suisse et les conduire à renoncer à y déplacer leur siège. L'économie suisse pourrait donc perdre de son attrait.

On ne peut pas exclure qu'en cas d'acceptation de l'initiative «contre les rémunérations abusives», certaines sociétés anonymes suisses cotées en bourse cherchent à se soustraire à ses effets en transférant leur siège à l'étranger et en se soumettant au droit d'un autre Etat. Elles pourraient aussi retirer leurs titres de participation de la bourse pour échapper aux nouvelles dispositions. En cas de transfert de sièges sociaux à l'étranger, il faudrait s'attendre à des pertes d'emplois pour la Suisse. Si des sociétés anonymes décotent leurs titres, cela pourrait avoir un impact négatif pour la place financière suisse.

L'obligation de fixer les indemnités de la direction par une décision de l'assemblée générale, au risque que le salaire doive être adapté à la fin de l'exercice, pourrait avoir un effet dissuasif pour les candidats potentiels aux postes de haut dirigeant des sociétés concernées. Le rétrécissement du choix des cadres potentiels, qui est déjà étroit, se répercutera directement sur le professionnalisme de la haute direction. En

cas d'acceptation de l'initiative il pourrait donc devenir plus difficile de recruter des forces de travail qualifiées sur le marché international du travail.

## **5.5.2 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes**

L'initiative n'entraîne aucun coût supplémentaire (pour le personnel, l'informatique, etc.) pour la Confédération, les cantons et les communes.

Les conséquences sur l'économie qui ont été évoquées au ch. 5.5.1, en particulier le risque que des entreprises suisses transfèrent leur siège social à l'étranger ou que des entreprises étrangères renoncent à venir s'implanter en Suisse, se traduiraient par un manque à gagner fiscal dont il est difficile de chiffrer l'ampleur. Une partie de ce manque à gagner serait imputable à la perte d'impôts sur les entreprises, et une autre à l'absence de recettes d'impôts sur les personnes physiques (travailleurs de ces entreprises).

## **6 Conclusions**

Dans son projet complémentaire de modification du droit de la société anonyme et du droit comptable, le Conseil fédéral a tenu compte des déficiences du droit actuel en matière de gouvernance. Contrairement à l'initiative, plusieurs dispositions essentielles du projet de loi s'appliquent aussi à la grande majorité des sociétés anonymes qui ne sont pas cotées en bourse.

L'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» exige une intrusion majeure dans l'autonomie des sociétés de droit privé, des règles de droit spéciales, des interdictions et des sanctions pénales afin d'améliorer le gouvernement d'entreprise. Ces mesures visent une réduction des rémunérations des hauts dirigeants. Elles reposent sur l'hypothèse que les actionnaires n'autoriseront que des rémunérations modérées, mais l'initiative n'offre aucune garantie que cette supposition se confirmera dans les faits.

Il existe cependant plusieurs points de convergence entre le projet complémentaire et l'initiative. Lorsque les solutions proposées divergent, celles du projet de loi sont, dans l'ensemble, plus modérées et prévoient un système moins rigide. Elles laissent aux actionnaires plus de liberté dans l'organisation de la société au lieu d'imposer l'adoption de clauses statutaires restrictives. Le projet de loi restreint moins fortement l'autonomie privée, il ne prévoit pas de régime spécial pour les institutions de prévoyance et il ne contient ni interdictions, ni sanctions pénales. Pour toutes ces raisons, le Conseil fédéral considère que son projet représente un contre-projet indirect à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives».

En cas d'acceptation de l'initiative, il faudrait procéder à une nouvelle révision du droit de la société anonyme, avec des risques de retards et d'insécurité juridique à la clé. En outre, la mise en œuvre des nouvelles règles constitutionnelles nécessiterait d'importants réaménagements dans divers domaines du droit, les nouveautés proposées ne s'intégrant pas telles quelles dans le système juridique en vigueur.

Compte tenu de ces réflexions, le Conseil fédéral propose au Parlement de soumettre l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» au vote du peuple et des cantons en leur recommandant de la rejeter. Il lui recommande en même temps d'adopter le contre-projet indirect.