

Initiative « contre les rémunérations abusives » : net avantage du contre-projet indirect

dossierpolitique

7 mai 2012

Numéro 11

Droit de la société anonyme. Le 16 mars 2012, le Conseil national et le Conseil des États ont adopté le contre-projet indirect à l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives ». Seul Thomas Minder, à l'origine de l'initiative, s'est prononcé contre la solution législative. La comparaison entre les deux textes montre que le contre-projet indirect reprend des revendications justifiées de l'initiative tout en renonçant à ses éléments dommageables. Le contre-projet indirect offre des possibilités de participation adéquates aux actionnaires sans limiter trop fortement la liberté des entreprises. C'est pourquoi la solution législative a le soutien de tous les partis ainsi que celui de l'économie et des arts et métiers. Le texte ci-après retrace l'histoire du contre-projet indirect et en présente les principaux points forts.

Position d'economiesuisse

► Un droit de la société anonyme attrayant fait partie intégrante de bonnes conditions-cadre pour notre économie. Un droit de la société anonyme souple renforce la place économique suisse.

► L'initiative « contre les rémunérations abusives », avec ses vingt-quatre dispositions constitutionnelles rigides, met sous tutelle les entreprises et les actionnaires. Elle est mal conçue, menace le modèle qui fait le succès de la Suisse et détruit des emplois.

► Le contre-projet indirect tient compte, au niveau de la loi, des revendications justifiées de l'initiative « contre les rémunérations abusives ». Il les met en œuvre plus rapidement et rend l'initiative superflue.

► L'initiative « contre les rémunérations abusives » doit être rejetée pour permettre l'entrée en vigueur du contre-projet indirect et restaurer la sécurité juridique dans la gouvernance d'entreprise.

Oui au contre-projet indirect, non à l'initiative populaire

► Le contre-projet indirect reprend les exigences essentielles de l'initiative « contre les rémunérations abusives » sans en avoir les effets dommageables.

► L'initiative « contre les rémunérations abusives » doit être rejetée pour faire passer le contre-projet indirect.

Le 16 mars 2012, l'Assemblée fédérale a adopté un contre-projet indirect à l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives ». Les dispositions législatives adoptées reprennent de nombreuses exigences de l'initiative populaire. En parallèle, elles évitent de limiter trop fortement la liberté des entreprises. Selon la NZZ, le contre-projet indirect remplit, en tout ou en grande partie, dix-sept exigences de l'initiative populaire. Deux exigences sont satisfaites dans une moindre mesure et seules cinq exigences ne sont pas reprises¹. Quelques dispositions du contre-projet indirect auront des effets sévères sur l'économie. La liberté des entreprises, essentielle pour la place économique, demeure cependant largement préservée. Contrairement à l'initiative populaire et à ses vingt-quatre dispositions constitutionnelles rigides, le contre-projet indirect garantit un droit de la S.A. attrayant qui offre des possibilités de participation adéquates aux actionnaires et une marge de manœuvre suffisante aux entreprises.

Le contre-projet indirect entrera en vigueur pour autant que l'initiative « contre les rémunérations abusives » soit retirée ou rejetée – ou qu'elle échoue face au contre-projet direct en cas de question subsidiaire. Une autre condition est qu'aucune demande de référendum contre le contre-projet indirect n'aboutisse ultérieurement.

Débats parlementaires : une solution législative longuement mûrie

La société anonyme est au cœur du droit suisse des sociétés. Elle représente par conséquent un pilier essentiel de l'activité entrepreneuriale en Suisse. Les dispositions du droit de la S.A. doivent satisfaire aux exigences les plus diverses et répondre notamment aux attentes de la société civile. Le droit de la S.A. est extrêmement complexe, ce qui rend toute révision difficile. Dans un contexte de concurrence internationale, les conséquences pratiques du droit de la S.A. revêtent une grande importance pour les entreprises suisses. Il en ressort qu'elles sont aussi sensibles que significatives. Les révisions du droit de la S.A. ont toujours pris beaucoup de temps en Suisse. Il n'est dès lors pas étonnant que l'actuelle troisième grande révision, dans laquelle s'insère le contre-projet indirect à l'initiative « contre les rémunérations abusives », ait nécessité de longs débats parlementaires.

Première pierre posée dans les années 1990

La dernière révision d'envergure du droit de la S.A. a été adoptée par le Parlement en 1991. Le droit de la S.A. est toutefois demeuré ensuite un chantier permanent. En 1993 déjà, le chef du DFJP, Arnold Koller, instituait un groupe de réflexion « Droit des sociétés ». Celui-ci était chargé d'examiner les mesures juridiques à prendre dans le domaine du droit des sociétés². La première pierre de l'actuelle troisième grande révision de la S.A. était ainsi posée.

► 1993 : institution du groupe de réflexion « Droit des sociétés », qui est à l'origine de l'actuelle révision du droit de la S.A.

► 1995 et 2003 : adoption de lois spéciales et révisions partielles du droit de la S.A.

Les recommandations du groupe de réflexion « Droit des sociétés » n'ont pas entraîné immédiatement une révision majeure du droit de la S.A. Les efforts se sont concentrés d'abord sur l'adoption de lois spéciales, comme la loi sur les

¹ Grosser Erfolg für die «Abzocker-Initiative», NZZ du 9 mars 2012, 33.

² Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10e édition, Berne 2007, § 10 N 123 s

bourses de 1995 ou la loi sur la fusion de 2003. Dans le droit de la S.A. lui-même, des domaines ciblés ont été soumis à une révision partielle. On peut citer en particulier les nouvelles prescriptions sur la transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction et le nouveau droit de la révision, applicable à toutes les formes de sociétés, qui a été adoptée par le Parlement en 2005³.

► 21 décembre 2007 : message du Conseil fédéral sur la révision du droit de la société anonyme.

Le 21 décembre 2007, le Conseil fédéral soumit au Parlement le message concernant la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable⁴. Le message avait été élaboré sous la houlette du DFJP et de son ancien chef, Christoph Blocher. Le projet introduisait des modifications dans les domaines de la gouvernance d'entreprise et de l'assemblée générale et revoyait la réglementation relative à la structure du capital et à la comptabilité.

L'initiative « contre les rémunérations abusives » ralentit la révision du droit de la S.A.

► 26 février 2008 : dépôt de l'initiative « contre les rémunérations abusives ».

Le 26 février 2008, soit peu de temps après, Thomas Minder déposait l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives ». Celle-ci demande d'ancrer dans la Constitution vingt-quatre prescriptions et interdictions rigides en lien avec l'organisation des sociétés anonymes cotées en Bourse en Suisse.

► 5 décembre 2008 : contre-projet indirect du Conseil fédéral (message additionnel).

Le 5 décembre 2008, le Conseil fédéral soumit au Parlement un message additionnel sur la révision du droit de la société anonyme qui contenait un contre-projet indirect à l'initiative « contre les rémunérations abusives »⁵. Le projet initial de révision du droit de la société anonyme fut durci sur de nombreux points. Le Conseil fédéral renonçait cependant expressément à certaines exigences de l'initiative, qu'il jugeait trop rigides et nuisibles pour la place économique suisse.

► Été 2009 : acceptation du contre-projet indirect au Conseil des États.

Durant la session d'été 2009, le Conseil des États sépara le volet comptable du reste de la réforme et poursuivit séparément ses délibérations sur le droit de la S.A. Il décida de recommander le rejet de l'initiative « contre les rémunérations abusives » et accepta le contre-projet indirect du Conseil fédéral.

► Printemps 2010 : le Conseil national veut un contre-projet direct.

Contre-projet indirect, puis direct, puis indirect

Au printemps 2010, le Conseil national décida de renoncer à poursuivre ses délibérations sur le contre-projet indirect et d'opposer un contre-projet direct à l'initiative « contre les rémunérations abusives ». Il infligeait ainsi un revers à Thomas Minder, qui s'était mis d'accord avec l'ancien conseiller fédéral Christoph Blocher sur les grandes lignes d'un contre-projet indirect à son initiative. Thomas Minder avait proposé de retirer son initiative si le Parlement acceptait le projet.

► Été 2010 : la Commission des affaires juridiques du Conseil des États reprend l'idée d'un contre-projet indirect ; les deux conseils prolongent le délai de traitement de l'initiative.

Durant l'examen préalable du dossier programmé pour la session d'été 2010, la Commission des affaires juridiques du Conseil des États décida de ne pas examiner le contre-projet direct du Conseil national. Elle lui préféra une initiative parlementaire qui demandait d'élaborer un nouveau contre-projet indirect. Le contre-projet indirect à élaborer devait s'inspirer des exigences de l'initiative populaire et du contre-projet direct du Conseil national. Neuf points furent défi-

³ Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4e édition, Zurich/Bâle/Genève 2009, remarques liminaires N 16 s. avec d'autres renvois.

⁴ Cf. le message du Conseil fédéral concernant la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable du 21 décembre 2007 (FF 2008 1407 ss), qui peut être consulté à l'adresse <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2008/1407.pdf>.

⁵ Cf. le message du Conseil fédéral 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 (FF 2009 265 ss.), qui peut être consulté à l'adresse <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2009/265.pdf>.

► Hiver 2010 : le Conseil fédéral propose un « modèle mixte ».

nis. Cette révision limitée visait à permettre le retrait de l'initiative populaire. Le délai de traitement de l'initiative « contre les rémunérations abusives » fut prolongé d'un an par les deux Chambres.

► Printemps et été 2011 : le Conseil national refuse d'entrer en matière sur le « modèle mixte » et approuve le contre-projet indirect.

Dans son avis du 3 décembre 2010, le Conseil fédéral rejeta le « modèle des tantièmes » élaboré par la Commission des affaires juridiques du Conseil des États. Ce modèle incluait un « impôt sur les bonus ». En lieu et place, il proposa un « modèle mixte », qui englobe les conséquences du « modèle-tantièmes » sur le droit fiscal et les assurances sociales et quatre propositions relevant du droit des sociétés⁶. Le Conseil des États accepta le contre-projet indirect à l'initiative « contre les rémunérations abusives » ainsi que le « modèle mixte » dans un projet séparé.

Lors de la session de printemps 2011, le Conseil national décida d'entrer en matière uniquement sur le contre-projet indirect à l'initiative « contre les rémunérations abusives », mais refusa d'entrer en matière sur le « modèle mixte ».

► Automne et hiver 2011 : le Conseil des États maintient sa décision d'entrer en matière sur le « modèle mixte », le Conseil national s'y oppose à nouveau.

Durant les délibérations de détail pendant la session d'été 2011, le Conseil national accepta le contre-projet indirect à l'initiative « contre les rémunérations abusives ». Par rapport à la version du Conseil des États, il durcit le contre-projet indirect sur quelques points. En revanche, il renonça aux dispositions pénales et à une obligation de vote pour les institutions de prévoyance. Les deux conseils décidèrent une nouvelle fois de prolonger le délai de traitement de l'initiative « contre les rémunérations abusives ».

Au cours de la session d'automne 2011, le Conseil des États se rallia aux décisions du Conseil national et supprima les dispositions pénales et l'obligation de vote pour les institutions de prévoyance. Il maintint toutefois sa décision d'entrer en matière sur le « modèle mixte ».

► 6 mars 2012 : le Conseil national reprend l'« impôt sur les bonus » dans le contre-projet direct.

Pendant la session d'hiver 2011, le Conseil national refusa une nouvelle fois d'entrer en matière sur le « modèle mixte ». Le contre-projet indirect ne prévoit donc définitivement pas d'impôt sur les bonus. Le Conseil national s'aligna sur de nombreux points sur la version du Conseil des États.

Le 6 mars 2012, le Conseil national approuva, par 100 voix contre 87 et 2 absentions, un nouveau projet de contre-projet direct à l'initiative « contre les rémunérations abusives ». Celui-ci régleme uniquement l'« impôt sur les bonus ». Si ce contre-projet est accepté par le peuple et les cantons, les sociétés ne pourraient plus considérer comme des charges justifiées par l'usage commercial les parts de rémunération qui dépassent trois millions de francs par bénéficiaire et par exercice. L'excédent serait alors également imposé auprès de la société.

► 16 mars 2012 : le Conseil national et le Conseil des États approuvent, avec une opposition, le contre-projet indirect lors du vote final.

Le 16 mars 2012, l'Assemblée fédérale approuva le contre-projet indirect avec une opposition. Au Conseil des États, seul Thomas Minder, à l'origine de l'initiative « contre les rémunérations abusives », se prononça contre cette solution législative sévère mais acceptable pour l'économie. Le Conseil national se prononça par 193 voix et une abstention en faveur de la solution législative.

⁶ Initiative parlementaire. Contre-projet indirect à l'initiative parlementaire « contre les rémunérations abusives ». Rapport complémentaire du 22 novembre 2010 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États. Avis du Conseil fédéral du 3 décembre 2010 (FF 2011 241 ss), qui peut être consulté à l'adresse <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2011/241.pdf>.

Les dix points principaux du contre-projet indirect

Les dix points principaux du contre-projet indirect sont présentés et comparés ci-après avec les exigences de l'initiative « contre les rémunérations abusives ».

	Contre-projet indirect	Initiative « contre les rémunérations abusives »
Règlement de rémunération	Les principes de rémunération sont fixés dans un règlement de rémunération.	Sont fixés dans les statuts : - les plans de bonus et de participation en faveur des membres des organes - le montant des rentes, des crédits et des prêts accordés aux membres des organes - le nombre de mandats externes des membres des organes - la durée des contrats de travail des membres de la direction
Rapport de rémunération	Le rapport de rémunération s'articule en deux parties : rendre des comptes et assurer la transparence.	Aucun rapport de rémunération n'est prévu.
Rémunérations des membres du conseil d'administration et du conseil consultatif	L'assemblée générale approuve la rémunération des membres du conseil d'administration et du conseil consultatif et une distinction est faite entre la rémunération de base et la rémunération complémentaire.	L'assemblée générale se prononce uniquement sur le montant global des indemnités des membres du conseil d'administration et du conseil consultatif.
Rémunération des membres de la direction	Les actionnaires peuvent décider eux-mêmes si le vote de l'assemblée générale sur la rémunération des membres de la direction a une valeur contraignante ou consultative.	Un vote sur la rémunération des membres de la direction est obligatoire et contraignant .
Indemnités de départ et versements anticipés	Les indemnités de départ et les versements anticipés ne sont en principe pas autorisés, mais des exceptions sont admises lorsque cela se justifie. Des primes à l'embauche sont possibles dans la mesure où elles sont prévues dans le règlement de rémunération.	Les versements spéciaux sont interdits.
Action en restitution	L'action en restitution devient plus incisive et plus stricte.	Pas de réglementation relative à l'action en restitution.
Élection du conseil d'administration	Dans les sociétés cotées en Bourse, les membres du comité d'administration sont élus annuellement, dans la mesure où les statuts n'en disposent pas autrement.	Les mandats des membres du conseil d'administration sont obligatoirement limités à un an.
Représentation des droits de vote	La représentation d'actionnaires par les organes et les dépositaires est supprimée.	La représentation d'actionnaires par les organes et les dépositaires est supprimée.
Utilisation des médias électroniques pendant l'assemblée générale	L'assemblée générale est modernisée grâce à l'utilisation de médias électroniques lorsque cela fait sens.	Les actionnaires doivent recevoir la possibilité de voter à distance par voie électronique.
Obligation faite aux institutions de prévoyance de voter et de divulguer leur vote	Les institutions de prévoyance exercent si possible leurs droits de vote au sein de sociétés suisses cotées en Bourse et doivent divulguer leur vote.	Les institutions de prévoyance sont soumises à une obligation absolue de voter et de divulguer leur vote.

► Les principes de rémunération sont exposés dans un règlement de rémunération.

1. Règlement de rémunération

Le conseil d'administration édicte un règlement concernant les indemnités des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif. Le règlement doit distinguer entre l'indemnité de base et une éventuelle indemnité supplémentaire. L'indemnité de base représente une rémunération fixe, tandis que l'indemnité supplémentaire comprend des composantes liées aux résultats et aux prestations⁷. Les décisions de l'assemblée générale qui violent le règlement de rémunération peuvent être attaquées en justice.

Le règlement de rémunération définit en particulier :

- les compétences et la procédure applicable à la fixation des indemnités ;
- les bases de rémunération ;
- les éléments de la rémunération et notamment les programmes de participation, les bonifications et les tantièmes ;
- les principes directeurs concernant la durée et les modalités de résiliation des contrats qui prévoient ces indemnités ;
- les critères régissant les crédits, les prêts et les rentes ;
- la possibilité de réduire rétroactivement les indemnités supplémentaires (système de malus-bonus) ;
- l'admissibilité des primes d'entrée, leurs fondements et les conditions de leur paiement ;
- les principes selon lesquels le montant des prestations de prévoyance est fixé.

► Le règlement de rémunération est édicté par le conseil d'administration et approuvé par l'assemblée générale.

Le conseil d'administration édicte le règlement de rémunération et le soumet à l'approbation de l'Assemblée générale. Les actionnaires qui détiennent 0,25 % du capital-actions, 0,25 % des voix ou des actions pour une valeur nominale de 1 million de francs, peuvent demander par écrit une modification du règlement de rémunération au plus tard 50 jours avant l'assemblée générale. Ce faisant, ils doivent présenter les grandes lignes de la modification souhaitée et la motiver. Il incombe toutefois au conseil d'administration d'édicter le règlement de rémunération modifié⁸. Le règlement de rémunération approuvé par l'assemblée générale est publié électroniquement ou remis à toute personne qui en fait la demande, à ses frais, sans qu'elle doive démontrer l'existence d'un intérêt particulier.

La réserve d'approbation permet aux actionnaires non seulement de se prononcer sur le montant global des indemnités du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif, mais aussi d'influer sur les points essentiels du système de rémunération. L'approbation du règlement de rémunération est prospective, ce qui assure la sécurité du droit à l'égard de la société et des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif.

⁷ Initiative parlementaire. Contre-projet indirect à l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives ». Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 25 octobre 2010 (FF 2010 7545), qui peut être consulté à l'adresse <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2010/7521.pdf>.

⁸ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, *ibid.*, 7551.

► L'initiative « contre les rémunérations abusives » crée une moins grande transparence que le contre-projet indirect.

► Le rapport de rémunération a deux fonctions : rendre compte du respect des exigences et assurer la transparence.

L'initiative « contre les rémunérations abusives » ne prévoit aucun règlement de rémunération créant la transparence. Elle exige des dispositions statutaires rigides régissant les plans de bonus et de participation, le niveau des rentes et le montant des crédits et des prêts octroyés aux membres du conseil d'administration et de la direction. Les statuts doivent également régler la durée des contrats de travail des membres de la direction. Comme pour le règlement de rémunération, une modification des statuts nécessite une décision de l'assemblée générale. Elle nécessite toutefois aussi une mutation dans le Registre du commerce, d'où une charge de travail et des frais supplémentaires pour la société. Le contre-projet indirect, qui prévoit une solution plus souple avec le règlement de rémunération, doit être préféré à l'initiative « contre les rémunérations abusives » et aux nombreuses dispositions statutaires rigides qu'elle réclame.

2. Rapport de rémunération

Le conseil d'administration établit un rapport de rémunération écrit. Celui-ci poursuit un double objectif : rendre compte du respect des exigences et assurer la transparence⁹.

Dans la première partie, le conseil d'administration rend compte du respect de la loi, du règlement de rémunération et, le cas échéant, des statuts. Les indemnités fixées et proposées par le conseil d'administration à l'assemblée générale pour les membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif doivent y être motivées. La première partie contient le montant global des indemnités de base pour la période allant jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivante et le montant global des indemnités supplémentaires allouées pendant l'exercice écoulé¹⁰. Le rapport de rémunération doit par conséquent exposer la manière dont est concrètement mis en œuvre le règlement de rémunération. Ce système garantit « que les actionnaires pourront exercer leurs droits en toute connaissance de cause »¹¹.

La seconde partie, consacrée à la transparence, publie les indemnités effectivement versées durant l'exercice écoulé aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif. Le contenu de cette partie reprend pour l'essentiel les dispositions en vigueur.

Les indemnités doivent cependant être publiées non plus en annexe au bilan, mais dans le rapport de rémunération. Celui-ci doit contenir les éléments suivants :

- toutes les indemnités que la société a versées directement ou indirectement aux membres du conseil d'administration ;
- toutes les indemnités que la société a versées directement ou indirectement aux membres de la direction ainsi que la durée des contrats qui prévoient ces indemnités ;
- toutes les indemnités que la société a versées directement ou indirectement aux membres du conseil consultatif ;
- les indemnités que la société a versées directement ou indirectement aux anciens membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif, lorsqu'elles sont en relation avec leur ancienne activité d'organe de la société ou lorsqu'elles ne sont pas conformes à la pratique du marché ;

⁹ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, *ibid.*, 7546

¹⁰ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, *ibid.*, 7548

¹¹ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, *ibid.*, 7547

- ▶ les indemnités non conformes à la pratique du marché que la société a versées directement ou indirectement aux proches des personnes susmentionnées ;
- ▶ tous les prêts et autres crédits en cours consentis aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif ;
- ▶ les prêts et autres crédits en cours consentis aux anciens membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif qui ne sont pas conformes à la pratique du marché ;
- ▶ les prêts et autres crédits en cours non conformes à la pratique du marché consentis aux personnes susmentionnées ou à leurs proches.

Les indications sur les indemnités et les crédits doivent inclure :

- ▶ le montant global accordé aux membres du conseil d'administration, ainsi que le montant accordé à chacun d'entre eux, avec mention de son nom et de sa fonction ;
- ▶ le montant global accordé aux membres de la direction, ainsi que le montant accordé au membre de la direction dont la rémunération est la plus élevée, avec mention du nom et de la fonction de ce membre ;
- ▶ le montant global accordé aux membres du conseil consultatif, ainsi que le montant accordé à chacun d'entre eux, avec mention de son nom et de sa fonction ;
- ▶ le montant global des indemnités de départ et des indemnités anticipées accordées aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif, ainsi que le montant accordé à chacun d'entre eux, avec mention de son nom et de sa fonction.

Enfin, le rapport de rémunération doit mentionner les fonctions suivantes des membres du conseil d'administration et de la direction :

- ▶ les fonctions qu'ils occupent au sein d'organes de conseil ou autres dans des sociétés, établissements ou fondations suisses ou étrangers, de droit privé ou de droit public ;
- ▶ les fonctions permanentes de direction ou de conseil pour le compte de groupes d'intérêt suisses ou étrangers.

La communication du rapport de rémunération est soumise aux mêmes règles que celles du rapport de gestion. 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 ordinaire et doit être envoyé à ceux qui en font la demande.

▶ L'initiative « contre les rémunérations abusives » ne prévoit pas de rapport de rémunération et n'améliore donc pas la transparence pour les actionnaires.

L'initiative « contre les rémunérations abusives » ne prévoit pas de rapport de rémunération et n'améliore donc pas la transparence pour les actionnaires. Elle exige au contraire des dispositions statutaires rigides, voire des interdictions pures et simples. Le contre-projet indirect doit être préféré à l'initiative pour préserver la liberté d'action des entreprises et garantir la transparence dans l'intérêt des actionnaires.

► L'assemblée générale approuve les indemnités du conseil d'administration et du conseil consultatif.

3. Indemnités du conseil d'administration et du conseil consultatif

L'assemblée générale se prononce annuellement, de manière obligatoire et contraignante, sur l'approbation du montant global décidé par le conseil d'administration pour son indemnité et pour celle du conseil consultatif. La décision d'approbation doit être prise séparément pour le conseil d'administration et pour le conseil consultatif, mais toujours par rapport au montant global des indemnités de chaque conseil¹². La proposition du conseil d'administration à l'assemblée générale se fonde sur le rapport de rémunération. Le conseil d'administration assume un devoir de diligence particulier lorsqu'il fixe les indemnités. Il doit veiller à ce que les indemnités soient fixées non seulement en considération de la situation économique de l'entreprise et de sa prospérité à long terme, mais aussi en adéquation avec les tâches, les prestations et la responsabilité des bénéficiaires. L'approbation des indemnités par l'assemblée générale n'a aucune influence sur la responsabilité du conseil d'administration.

L'assemblée générale approuve l'indemnité de base pour la période allant jusqu'à la prochaine assemblée générale ordinaire. L'indemnité supplémentaire pour l'exercice annuel écoulé est en revanche approuvée a posteriori. Si des membres du conseil d'administration ou du conseil consultatif sont élus en cours d'exercice, il n'y a pas besoin de nouvelle approbation si le montant déjà approuvé de l'indemnité de base reste le même¹³. L'approbation par avance de l'indemnité de base garantit la sécurité du droit : le conseil d'administration et le conseil consultatif peuvent compter sur les indemnités de base approuvées par l'assemblée générale ordinaire et ont par conséquent droit à ces indemnités. L'indemnité supplémentaire sera versée dans de nombreux cas en fonction de critères qui seront en lien avec l'exercice annuel écoulé, comme le résultat opérationnel ou le chiffre d'affaires¹⁴.

Si l'indemnité supplémentaire demandée par le conseil d'administration est rejetée, l'assemblée générale ne peut approuver les comptes annuels ni ne peut déterminer l'emploi du bénéfice. Par conséquent, elle ne peut non plus fixer le montant du dividende. L'assemblée générale ne peut non plus arrêter elle-même un montant inférieur. Si l'indemnité supplémentaire est rejetée, le conseil d'administration doit remanier le rapport de gestion, le présenter à l'organe de révision pour le contrôle ordinaire et élaborer un nouveau rapport de rémunération. Lors d'une deuxième assemblée générale, les actionnaires se prononcent sur un nouveau montant global pour les indemnités supplémentaires ainsi que sur les comptes annuels et l'emploi du bénéfice résultant du bilan¹⁵. La société peut définir elle-même les conséquences du rejet des indemnités de base dans le règlement de rémunération, qui peut prévoir par exemple que le conseil d'administration doit soumettre immédiatement une nouvelle proposition à l'assemblée générale ou que l'approbation du montant de l'indemnité de base décidée lors de la dernière assemblée générale est renouvelée pour la période jusqu'à la prochaine assemblée générale ordinaire¹⁶.

¹² Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, *ibid*, 7553

¹³ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, *ibid*, 7553

¹⁴ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, *ibid*, 7555

¹⁵ Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, a.a.O., 8288 m.w.N

¹⁶ Cf. intervention CE Bürgi, porte-parole de la commission lors des délibérations du Conseil des États du 14 décembre 2010 (BO 2010 p. 1252)

► L'initiative « contre les rémunérations abusives » n'établit pas de distinction entre indemnité de base et indemnité supplémentaire.

L'initiative « contre les rémunérations abusives » demande uniquement que l'assemblée générale se prononce obligatoirement une fois par an sur le montant global de toutes les indemnités du conseil d'administration et du conseil consultatif. Elle n'établit aucune distinction entre l'indemnité de base et l'indemnité supplémentaire. L'initiative ne dit pas non plus ce qu'il advient en cas de rejet des indemnités proposées par le conseil d'administration pour lui-même et le conseil consultatif. Elle ne dispose pas non plus que le conseil d'administration assume un devoir de diligence particulier lorsqu'il fixe les indemnités. Le contre-projet indirect, qui sera rapidement applicable en cas de rejet de l'initiative, contient en revanche un système raffiné qui renforce les droits des actionnaires sans mettre à mal la sécurité du droit et la liberté d'action des entreprises.

► L'assemblée générale se prononce annuellement sur les indemnités de la direction.

4. Indemnités de la direction

Comme pour les indemnités du conseil d'administration et du conseil consultatif, l'assemblée générale se prononce annuellement sur le montant global que le conseil d'administration propose pour les membres de la direction en se fondant sur le rapport de rémunération et dans le respect de son devoir de diligence explicite. L'assemblée générale approuve séparément le montant global de l'indemnité de base et le montant global de l'indemnité supplémentaire. Le rejet de l'indemnité supplémentaire entraîne la convocation d'une nouvelle assemblée générale. Les conséquences juridiques d'un rejet du montant global de l'indemnité de base doivent être définies dans le règlement de rémunération.

Si le conseil d'administration nomme de nouveaux membres de la direction pendant l'exercice comptable et que le montant global de l'indemnité de base approuvé par l'assemblée générale est insuffisant, la différence ne doit pas être soumise a posteriori à l'approbation de l'assemblée générale. Les indemnités des nouveaux membres de la direction doivent cependant être conformes au règlement de rémunération. Cette disposition législative permet de renoncer à la convocation d'une assemblée générale extraordinaire jusqu'à la prochaine assemblée générale ordinaire. La convocation d'une assemblée serait excessive, de sorte que cette solution mérite d'être saluée¹⁷.

► Les actionnaires peuvent décider si les décisions ont un caractère contraignant ou si elles sont prises à titre consultatif.

Contrairement à l'approbation des indemnités du conseil d'administration et du conseil consultatif et au texte rigide de l'initiative « contre les rémunérations abusives », les décisions de l'assemblée générale peuvent, selon les statuts, avoir un caractère contraignant ou être prises à titre consultatif. Le contre-projet indirect laisse donc le champ libre à des réglementations flexibles. En autorisant le vote consultatif, il tient compte aussi du fait que la fixation de l'indemnité de la direction est une tâche du conseil d'administration. Ce dernier en assume par conséquent aussi la responsabilité. L'initiative « contre les rémunérations abusives », qui prévoit que les indemnités de la direction soient fixées obligatoirement et de manière contraignante par l'assemblée générale, revient à dissocier les tâches et les responsabilités, ce qui est contraire à l'esprit du système. Dans le contre-projet indirect, la possibilité du vote consultatif permet de lier les tâches et les responsabilités.

Si l'assemblée générale devait se prononcer de manière contraignante sur le montant global de toutes les indemnités de la direction – comme le demande l'initiative –, le conseil d'administration aurait les mains liées en cas de changement de personnes dans la direction. Il ne pourrait conclure aucun contrat de travail avec de nouveaux membres de la direction, car le montant de la rémunération devrait préalablement être approuvé par les actionnaires. Chaque

¹⁷

Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, *ibid*, 7555 et s

changement dans la direction nécessiterait la convocation d'une assemblée générale extraordinaire. Cette solution serait difficile à mettre en œuvre et serait préjudiciable à la place économique suisse.

► La liberté de choix qu'offre le contre-projet indirect est un compromis acceptable entre les exigences de l'initiative et la liberté d'action des actionnaires.

Selon le contre-projet indirect, les statuts et, partant, les actionnaires, indiquent si les décisions de l'assemblée générale sur les indemnités de la direction ont un caractère contraignant ou si elles sont prises à titre consultatif. Cette liberté de choix représente un compromis acceptable entre les exigences de l'initiative et la liberté d'action des actionnaires. Elle est un argument de poids qui plaide en faveur de l'acceptation du contre-projet indirect et du rejet de l'initiative populaire.

► Le versement d'indemnités de départ et d'indemnités anticipées est en principe interdit.

5. Indemnités de départ et indemnités anticipées

Le versement d'indemnités de départ et d'indemnités anticipées aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif est en principe interdit. Des exceptions sont possibles, pour autant qu'elles soient dans l'intérêt de la société et que l'assemblée générale les ait approuvées. Le quorum qualifié, c'est-à-dire au minimum deux tiers des voix et la majorité absolue de la valeur nominale des actions représentées sont nécessaires pour prendre une telle décision.

► Les primes de bienvenue sont admises dans la mesure où elles sont prévues dans le règlement de rémunération.

Les primes de bienvenue (pont d'or) ne sont pas assimilables à des indemnités anticipées. Il s'agit d'une indemnité spéciale versée à une personne pour l'inciter à rejoindre une entreprise en tant que membre du conseil d'administration, de la direction ou du conseil consultatif¹⁸. Ces primes de bienvenue sont destinées à compenser des droits que les membres du conseil d'administration, de la direction ou du conseil consultatif ont perdus auprès de leur ancienne entreprise. Les primes de bienvenue sont comparables aux montants de transferts habituellement versés dans le domaine du sport. Sans prime de bienvenue, de nombreuses personnes seraient liées à leur ancienne entreprise par des «entraves dorées». Il se peut parfaitement que le versement d'une prime de bienvenue au membre du conseil d'administration, de la direction ou du conseil consultatif nouvellement engagé soit dans l'intérêt d'une société¹⁹. De telles rémunérations ne sont cependant admises que le règlement de rémunération le prévoit et fixe les conditions de leur versement.

► L'initiative « contre les rémunérations abusives » comporte une interdiction absolue de verser des primes exceptionnelles, indépendamment des intérêts de la société.

L'initiative « contre les rémunérations abusives » prévoit une interdiction absolue de verser des primes de licenciement ou des indemnités anticipées, même si ces rémunérations sont dans l'intérêt de la société. L'initiative contient en outre une interdiction absolue de verser des primes aux membres des organes en cas de rachat ou de vente d'une entreprise. Cette interdiction est également inutile. Un organe qui, dans le cadre du rachat ou de la vente d'une entreprise, accepte des primes qui ne sont pas dans l'intérêt de sa société agit de façon déloyale selon le droit en vigueur et peut être poursuivi²⁰. Dans l'intérêt des sociétés suisses cotées, le contre-projet indirect doit impérativement être préféré à l'initiative, car il fait la distinction entre les indemnités anticipées, les primes de bienvenue et les indemnités de départ et comporte une réglementation des exceptions.

¹⁸ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, a.a.O., 8291

¹⁹ Cf. Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, a.a.O., 8278

²⁰ Vote de SR Bürgi en tant que rapporteur lors des débats du conseil des États du 12 septembre 2011 (AB 2011 S 727).

► L'action en restitution est réglée de manière plus efficace et plus stricte.

► L'initiative « contre les rémunérations abusives » ne vise pas une amélioration des bonnes pratiques en matière de gouvernance d'entreprise.

► Les membres du conseil d'administration doivent être élus chaque année si les statuts n'en disposent pas autrement.

► La limitation à une année de la durée du mandat du conseil d'administration exigée par l'initiative « contre les rémunérations abusives » nuit à la continuité de la direction.

6. Action en restitution

Outre les actionnaires et les membres du conseil d'administration ainsi que les personnes qui leur sont proches, le cercle des personnes tenues à restitution est étendu aux personnes qui s'occupent de la gestion et aux membres du conseil consultatif. Il suffit désormais d'une disproportion manifeste entre les prestations de la société et la contre-prestation pour intenter l'action en restitution. Le critère de la disproportion manifeste entre les prestations de la société et sa situation économique est supprimé, tout comme le critère de la mauvaise foi.

Le contre-projet indirect règle l'action en restitution de manière plus efficace et plus stricte. L'amélioration des modalités de l'action en restitution facilitera le remboursement des indemnités excessives ; le droit de propriété des actionnaires est ainsi protégé²¹. Par contre, l'initiative « contre les rémunérations abusives » ne demande pas une réglementation plus efficace de l'action en restitution. Elle renonce à ce renforcement efficace des bonnes pratiques en matière de gouvernance d'entreprise.

7. Élection du conseil d'administration

Dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, les membres du conseil d'administration sont élus chaque année par l'assemblée générale si les statuts n'en disposent pas autrement. La durée du mandat ne doit cependant pas dépasser trois ans. Dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées, les membres du conseil d'administration sont élus pour un mandat de trois ans, dans la mesure où les statuts n'en disposent pas autrement. En tout état de cause, les mandats ne peuvent dépasser six ans. Aussi bien dans les sociétés cotées que dans les entreprises non cotées, les membres du conseil d'administration doivent être élus individuellement et le nombre de mandat n'est pas limité.

Dans les sociétés cotées, l'assemblée générale élit le président du conseil d'administration, pour autant que les statuts ne prévoient pas que ce dernier soit désigné par le conseil d'administration. Dans les sociétés non cotées, le conseil d'administration s'organise lui-même, à moins que les statuts prévoient une élection par l'assemblée générale.

L'initiative « contre les rémunérations abusives » exige de façon rigide l'élection annuelle individuelle de chaque membre du conseil d'administration. La limitation à un an de la durée du mandat des membres du conseil d'administration encourage une pensée à court terme au sein de cet organe. Elle renforce en outre la dépendance des membres du conseil d'administration, en particulier à l'égard de la direction. La limitation à un an de la durée du mandat des membres du conseil d'administration nuit à la continuité de la direction suprême. Cependant, si les actionnaires d'une société souhaitent restreindre la durée du mandat des membres du conseil d'administration à un an, cette possibilité doit leur être offerte dans l'esprit d'un droit des sociétés anonymes flexible²². Le contre-projet indirect suit cette approche libérale, raison pour laquelle il doit être préféré à la réglementation rigide de l'initiative « contre les rémunérations abusives » également en ce qui concerne l'élection du conseil d'administration.

²¹ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États, a.a.O., 8260
²² Böckli, a.a.O., § 13 N 53 s.

► Le droit de vote des organes et des titres en dépôt est supprimé.

8. Représentation

Le droit de vote des organes et des titres en dépôt est supprimé. Seul le représentant indépendant reste admis pour la représentation institutionnelle des droits de vote. Ce dernier doit s'abstenir s'il n'a pas reçu d'instructions concernant les propositions annoncées. Pour les propositions non annoncées, il exerce son droit de vote conformément aux recommandations du conseil d'administration, pour autant que les actionnaires ne lui aient pas donné une instruction différente pour ce cas de figure.

Dans les sociétés cotées, l'assemblée générale élit un ou plusieurs représentants indépendants des droits de vote pour l'assemblée générale suivante. L'attribution d'une procuration permanente au représentant indépendant des droits de vote n'est pas autorisée. Dans les sociétés non cotées, un représentant des droits de vote doit être désigné si un actionnaire le demande, en particulier lorsque les actionnaires ne peuvent être représentés que par un autre actionnaire à l'assemblée générale.

L'initiative « contre les rémunérations abusives » prohibe le droit de vote des organes et des titres en dépôt. En outre, l'assemblée générale doit élire chaque année un représentant indépendant des droits de vote. L'initiative « contre les rémunérations abusives » et le contre-projet indirect concordent dans les grandes lignes sur ce point.

► L'assemblée générale doit être modernisée grâce au recours à des médias élec-troniques.

9. Utilisation de médias électroniques lors des assemblées générales

Le contre-projet indirect contient de nombreuses propositions destinées à moderniser l'assemblée générale. Les médias électroniques sont désormais explicitement admis. La convocation à l'assemblée générale et les documents annexes peuvent donc également être transmis par la voie électronique à un actionnaire qui a donné son consentement ; de même, les procurations peuvent être transmises par la voie électronique.

Les actionnaires peuvent en outre exercer leurs droits par la voie électronique lors de l'assemblée générale si les statuts le prévoient. Si les porteurs ou les représentants de la totalité des actions donnent leur consentement et si les décisions de l'assemblée générale n'exigent pas d'acte authentique, une assemblée générale peut avoir lieu à distance, exclusivement par le biais de médias électroniques, c'est-à-dire sans lieu de réunion physique. Si une société organise une assemblée générale « virtuelle », elle doit dans tous les cas s'assurer que l'identité des participants et des votants ait été clairement établie, que chaque participant puisse formuler des propositions et participer à la discussion et que le résultat des votes ne puisse pas être faussé.

► L'initiative « contre les rémunérations abusives » exige que les actionnaires puissent voter à distance.

L'initiative « contre les rémunérations abusives » demande que les actionnaires puissent voter à distance par la voie électronique. Le contre-projet indirect prévoit au contraire que les actionnaires aient le choix d'exercer leurs droits de vote par la voie électronique ou non et même de tenir une assemblée générale exclusivement électronique. L'obligation étatique de l'initiative « contre les rémunérations abusives » doit être refusée au profit de la solution équilibrée du contre-projet indirect.

► Les institutions de prévoyance doivent agir de façon plus transparente.

10. Obligation faite aux institutions de prévoyance d'exercer leur droit de vote et de rendre leur vote public

Les institutions de prévoyance détenant des participations dans des sociétés suisses cotées en bourse sont tenues d'exercer leur droit de vote. Elles doivent en outre le rendre public.

► L'obligation d'exercer le droit de vote imposée par l'initiative « contre les rémunérations abusives » engendre des frais administratifs plus élevés, notamment pour les petites caisses de pension.

Par contre, l'initiative « contre les rémunérations abusives » exige que les caisses de pension votent dans l'intérêt des assurés. Le contre-projet indirect doit être favorisé, car il n'oblige pas les caisses de pension à exercer leur droit de vote. De nombreuses caisses de pension ne peuvent pas satisfaire à cette exigence sans recourir aux services d'un conseiller indépendant en matière de procurations («proxy advisor»). En particulier pour les petites caisses de pension, l'obligation absolue d'exercer les droits de vote générerait en outre un surcroît de bureaucratie et au bout du compte des frais administratifs trop élevés. De plus, il n'est pas possible de déterminer objectivement l'intérêt des assurés au moment d'exercer concrètement les droits de vote. En ce qui concerne l'obligation de rendre le vote public, il n'y a aucune différence entre l'initiative et le contre-projet indirect.

L'initiative « contre les rémunérations abusives » est inutile et nuisible

► L'initiative « contre les rémunérations abusives » comporte d'importants défauts de conception juridiques.

Avec ses 24 dispositions constitutionnelles rigides, l'initiative « contre les rémunérations abusives » restreint fortement la marge de manœuvre des entreprises et des actionnaires. Elle affecterait en particulier les sociétés actives à l'échelle internationale. L'initiative prive les actionnaires de la liberté de décider comment ils entendent organiser leur entreprise. En outre, elle présente d'importants défauts de conception juridiques, à savoir qu'elle imposerait des structures aberrantes aux sociétés cotées en bourse ayant leur siège en Suisse et dont les actionnaires sont généralement dispersés dans le monde entier. Il en résulterait une dilution des tâches et des responsabilités, une insécurité du droit et un blocage de la direction de l'entreprise. L'initiative « contre les rémunérations abusives » nuit à la place économique suisse et coûtera des emplois. Elle doit impérativement être rejetée.

► Le contre-projet indirect apporte une réponse praticable et économiquement viable aux préoccupations justifiées de l'initiative « contre les rémunérations abusives ».

Contre-proposition indirecte : réponse praticable à une initiative aberrante

Le contre-projet indirect apporte une réponse praticable et économiquement viable aux préoccupations justifiées de l'initiative « contre les rémunérations abusives ». Le contre-projet indirect renonce à raison à formuler des exigences aberrantes comme de sanctionner pénalement les violations du droit des sociétés anonymes. Une criminalisation du droit des sociétés donnerait un signal extrêmement négatif pour la place économique suisse.

Le contre-projet à l'échelon législatif protège la liberté d'entreprendre. Il répond en outre mieux que l'initiative « contre les rémunérations abusives » à l'exigence d'un droit des sociétés attractif offrant aux actionnaires des possibilités de cogestion adéquates et aux entreprises une flexibilité suffisante. Le contre-projet indirect agit plus rapidement et constitue la meilleure option.

Pour toutes questions :

meinrad.vetter@economiesuisse.ch
caroline.debuman@economiesuisse.ch