

ad 10.443

**Initiative parlementaire
Contre-projet indirect à l'initiative populaire
«contre les rémunérations abusives»**

**Rapport du 25 octobre 2010 de la Commission des affaires juridiques
du Conseil des Etats**

Avis du Conseil fédéral

du 17 novembre 2010

Madame la Présidente,
Mesdames et Messieurs,

En vertu de l'art. 112, al. 3, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement, nous vous transmettons ci-après notre avis sur le rapport du 25 octobre 2010 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats relatif au contre-projet indirect à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives».

Veillez agréer, Madame la Présidente, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

17 novembre 2010

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Doris Leuthard
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Avis

1 Contexte

1.1 Révision du droit de la société anonyme et du droit comptable

Le Conseil fédéral a adopté, en date du 21 décembre 2007, le message relatif à la modification du droit 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 en responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons commerciales)¹. Cette révision poursuivait quatre objectifs principaux: le renforcement de la gouvernance d'entreprise, l'assouplissement des règles relatives à la structure du capital, la modernisation du régime de l'assemblée générale, la réforme complète du droit comptable devenu obsolète.

Le projet abordait notamment la problématique liée aux rémunérations excessives en proposant de limiter la durée du mandat des membres du conseil d'administration à un an. Il précisait que l'assemblée générale peut prévoir dans les statuts des dispositions en matière de rémunération ainsi qu'une réserve d'approbation en sa faveur.

Enfin, il convient de mentionner que le Conseil fédéral prendra position au sujet de la solution des tantièmes, dès que les propositions parlementaires s'y rapportant auront été adoptées.

1.2 Initiative populaire «contre les rémunérations abusives»

L'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» (initiative populaire) a été déposée le 26 février 2008 munie de 114 260 signatures valables². Elle vise à mettre un frein aux indemnités versées à la haute direction des sociétés anonymes cotées en bourse, que ses auteurs jugent 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 d'influer sur la politique de rémunération des cadres dirigeants.

Le 5 décembre 2008, le Conseil fédéral a adopté le message relatif à l'initiative populaire «contre les rémunérations abusives» et à la révision du code des obligations (Droit de la société anonyme)³ et a proposé au Parlement de soumettre l'initiative populaire au vote du peuple et des cantons en leur recommandant de la rejeter.

Dans le même temps, il lui a également soumis un contre-projet indirect sous la forme d'une modification du code des obligations (CO)⁴. Ce contre-projet, présenté dans un message additionnel au projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable (message du Conseil fédéral du 21 décembre 2007), contient de

¹ FF 2008 1407

² FF 2008 2325

³ FF 2009 265

⁴ RS 220

nouvelles propositions de modification visant à donner une réponse adaptée à la problématique des rémunérations. Le projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable, complété par les propositions contenues dans le message additionnel, rejoint sur plusieurs points les mesures proposées dans l'initiative populaire. Lorsqu'il existe des divergences, le Conseil fédéral est d'avis que le projet complémentaire se montre plus modéré et moins contraignant. Ce projet ne contient notamment pas de dispositions statutaires restrictives, d'interdictions ni de peines.

1.3 Délibérations parlementaires

Le 11 juin 2009, le Conseil des Etats a adopté, par 26 voix contre 8 et 5 abstentions, la modification du CO proposée par le Conseil fédéral (projet du 21 décembre 2007, y compris les nouvelles propositions du 5 décembre 2008) au titre de contre-projet indirect à l'initiative populaire; certaines de ses décisions s'écartent toutefois du projet élaboré par le Conseil fédéral. Par 26 voix contre 10, il a en outre décidé de recommander au peuple et aux cantons le rejet de l'initiative populaire.

Le 17 mars 2010, le Conseil national a, quant à lui, adopté un contre-projet direct. Ce dernier reprend une grande partie des exigences formulées dans l'initiative populaire. Il règle par ailleurs les questions relatives à l'octroi de bonus et à l'action en restitution des prestations indues. Il accorde toutefois une plus grande marge de manœuvre aux entreprises que l'initiative populaire dans la mesure où il leur donne la possibilité de prévoir dans leurs statuts des réglementations s'écartant quelque peu de certaines dispositions contenues dans le contre-projet. Par 66 voix contre 62 et 56 abstentions, le Conseil national a décidé de recommander au peuple et aux cantons d'accepter le contre-projet direct et l'initiative populaire.

Le Conseil national n'a pas encore traité le projet de révision du droit de la société anonyme. Le 26 mars 2010, la Commission des affaires juridiques du Conseil national avait décidé, par 12 voix contre 10 et 2 abstentions, de dissocier du projet toutes les dispositions relatives au gouvernement d'entreprise et d'en suspendre provisoirement l'examen.

1.4 Initiative parlementaire de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats

Le 20 mai 2010, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (commission) a décidé, par 9 voix contre 4, d'élaborer un nouveau contre-projet indirect sous la forme d'une initiative parlementaire, s'inspirant de l'initiative populaire et du contre-projet direct du Conseil national. En tant que contre-projet indirect élaboré sous la forme d'une loi au sens formel, cette révision restreinte du droit de la société anonyme vise à permettre le retrait de l'initiative populaire qui régleme sur le plan constitutionnel certains détails relatifs à la société anonyme. Conformément à l'art. 109, al. 3, de la loi sur le Parlement (LParl)⁵, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a approuvé, le 2 juin 2010, par 15 voix contre 11, la décision de sa commission homologue d'élaborer une initiative parlementaire.

A la suite de cette décision, les deux conseils ont décidé – le Conseil des Etats, sans opposition, le 1^{er} juin 2010; le Conseil national, par 98 voix contre 91, le 2 juin 2010 – de prolonger d’un an le délai imparti à l’Assemblée fédérale pour l’examen de l’initiative populaire (art. 105, al. 1, LParl). L’Assemblée fédérale a donc jusqu’au 26 août 2011 pour décider si elle recommande au peuple et aux cantons de rejeter ou d’accepter l’initiative populaire. Aux termes de l’art. 105, al. 1^{bis}, LParl, elle peut proroger d’un an supplémentaire au plus ce délai, si un projet d’acte élaboré sous la forme d’une loi fédérale et ayant un rapport étroit avec l’initiative populaire se trouve en procédure d’élimination des divergences.

Compte tenu de l’évolution de la situation, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a décidé, le 3 septembre 2010, d’attendre que les deux conseils aient pris une décision définitive concernant le présent contre-projet indirect avant de poursuivre l’examen de l’ensemble du projet de révision du droit de la société anonyme (projet 1 de l’objet 08.011).

2 Avis du Conseil fédéral

2.1 Dispositions du droit de la société anonyme

Le Conseil fédéral a déjà indiqué dans le message concernant l’initiative populaire que la question de la rémunération ne pouvait relever de la seule autoréglementation. Il reconnaît ainsi le besoin de légiférer en matière de rémunération des membres des organes de sociétés anonymes cotées en bourse et approuve dans son principe le projet de la commission.

Le projet de la commission reprend en grande partie les dispositions du projet du Conseil fédéral concernant la révision du droit de la société anonyme, notamment sous l’angle de la représentation du droit de vote, du recours aux médias électroniques pour la préparation et la tenue de l’assemblée générale, de la transparence des indemnités et de la conception des nouvelles dispositions sur la rémunération des dirigeants (renforcement de l’action en restitution, devoir de diligence spécifique, règlement et rapport de rémunération, approbation préalable des indemnités de base et approbation subséquente des indemnités supplémentaires).

Le Conseil fédéral juge également opportun que les dispositions relatives à la rémunération des dirigeants soient en règle générale liées au critère de la cotation en bourse. Les sociétés anonymes qui ne sont pas cotées en bourse sont en général gérées par leurs propres associés («*Selbstorganschaft*»). En raison de l’identité qui en résulte entre les actionnaires en tant que propriétaires et les organes en tant que représentants de la société, on ne rencontrera pas non plus les problèmes liés à la fixation des indemnités tenant au système des sociétés cotées en bourse. Il convient toutefois d’indiquer que le projet de la commission, se distinguant ici du projet du Conseil fédéral du 5 décembre 2008, prévoit un devoir spécifique de diligence concernant la fixation des indemnités de l’art. 731e seulement pour les sociétés cotées en bourse. L’impression pourrait ainsi naître qu’il n’existe pas de devoir de diligence en matière de fixation des indemnités pour les dirigeants de sociétés non cotées en bourse. Dans la mesure où le devoir de diligence concrétisé dans la clause générale de l’art. 717, al. 1, CO devrait de toute façon s’appliquer aux sociétés non cotées en bourse, il serait préférable d’un point de vue législatif que le devoir de

diligence, consacré à l'art. 717, al. 1^{bis}, en rapport avec la fixation des indemnités des dirigeants, soit prévu pour toutes les sociétés.

Le Conseil fédéral se félicite que la commission se soit penchée non seulement sur les dispositions matérielles relatives aux rémunérations mais également qu'elle ait réglé clairement et dans le sens qu'a suivi le Conseil fédéral le point central de la représentation du droit de vote. Afin d'intégrer effectivement les actionnaires dans le processus de fixation des rémunérations des membres des organes, il est indispensable que la formation de la volonté dans l'assemblée générale ne soit pas biaisée. Le Conseil fédéral souligne partant l'importance de restreindre dans la loi la représentation institutionnelle du droit de vote au représentant indépendant. Ce faisant, il sera clairement établi que les autres formes de représentation telle que la représentation par un organe, par un dépositaire ou par un «nominee», au sens du Conseil des Etats, ne seront plus admises conformément au contre-projet indirect.

Les membres de la direction, en particulier, sont des organes de la société; il sont en plus généralement liés à celle-ci par un contrat de travail. Le Conseil fédéral regrette que le rapport de la commission n'ait pas examiné plus étroitement la relation entre les dispositions proposées sur les indemnités dans le droit de la société anonyme et le droit du travail. Ainsi, il est en principe favorable à la possibilité d'introduire un système de bonus/malus, comme le propose l'art. 731*d*, al. 2, ch. 5. du projet; il aurait toutefois été souhaitable d'examiner cette disposition sous l'angle de sa compatibilité avec l'art. 321*e* CO.

Le projet de la commission contient néanmoins certaines dispositions problématiques, qui doivent, de l'avis du Conseil fédéral, être biffées.

Les art. 731*k*, al. 2, et 731*l*, al. 2, du projet prévoient une règle spéciale pour le cas où l'assemblée générale refuse d'approuver le montant global des indemnités de base pour le conseil d'administration, le conseil consultatif ou la direction. Dans une telle situation, le règlement de rémunération doit pouvoir prévoir que les indemnités de base approuvées lors de la dernière assemblée générale valent encore jusqu'à la prochaine assemblée générale ordinaire.

Cette disposition soulèvera des difficultés pratiques et peut provoquer des résultats inattendus, ne répondant pas aux impératifs d'une bonne gouvernance d'entreprise.

Pour illustrer ce problème, la situation suivante peut être décrite. Le conseil d'administration propose pour ses indemnités de base, à l'assemblée générale, un montant inférieur à celui de l'année précédente (un montant global des indemnités de base en sa faveur de 10 millions de francs a été approuvé lors de l'assemblée générale de 2013; à l'assemblée générale de 2014, il propose un montant global des indemnités de base de 8 millions de francs), en raison notamment d'une diminution du nombre des membres du conseil ou d'une grave détérioration de la situation économique de la société. Si l'assemblée générale considère le montant global proposé de l'indemnité de base (par exemple 8 millions de francs) comme encore trop élevé, elle le refusera. En raison de l'automatisme de l'art. 731*k*, al. 2, du projet, le conseil d'administration recevrait davantage que ce qu'il a proposé (soit en l'espèce 10 millions au lieu de 8 millions de francs). Les actionnaires ne peuvent pas intervenir à ce stade du processus, puisqu'en vertu du projet ils peuvent approuver ou rejeter les indemnités proposées, mais ils ne sont pas habilités à soumettre des propositions concrètes relatives au montant des indemnités. Selon la conception du projet, la décision portant sur la fixation de l'indemnité incombe exclusivement au conseil d'administration, l'assemblée générale se prononçant uniquement au sujet de

l'approbation du montant de cette indemnité. Dans l'exemple précédent, l'assemblée générale serait confrontée à un dilemme: approuver l'indemnité qu'elle estime en soi toujours trop élevée ou refuser l'approbation, ce qui aurait pour conséquence que le conseil d'administration toucherait une indemnité encore plus élevée.

Ce mécanisme prévu aux art.s 731*k*, al. 2, et 731*l*, al. 2, du projet conduit au maintien injustifié de l'indemnité de base approuvée lors de la dernière assemblée générale. L'approbation de l'indemnité de base devrait toujours intervenir dans une situation concrète et exprimer clairement la volonté des actionnaires. Il serait dès lors judicieux de renoncer à un mécanisme légal qui garantit des indemnités pour l'avenir et peut engendrer des résultats absurdes.

Le Conseil fédéral souligne en outre que l'action en restitution revêt une grande importance pour la bonne gouvernance d'entreprise et qu'elle facilite aussi le recouvrement d'indemnités excessives. Le critère de la „disproportion évidente“ prévu à l'art. 678, al. 2, représente cependant un obstacle, difficilement surmontable pour le demandeur. La notion de „disproportion“ exprime en soi déjà l'idée qu'il doit exister un déséquilibre considérable entre la prestation et la contre-prestation. La valeur de la contre-prestation du bénéficiaire de l'indemnité devra, en raison déjà de la condition de disproportion, être clairement et sans ambiguïté inférieure à celle de la prestation de la société. Il conviendrait de renoncer à la mention d'«évidence» ajoutée à la disproportion.

2.2 Dispositions pénales

La commission propose, dans son contre-projet indirect à l'initiative populaire, d'instaurer une nouvelle disposition pénale (art. 326^{quinquies} P-CP). Aux termes de cette nouvelle disposition, tout membre du conseil d'administration qui enfreint intentionnellement le règlement de rémunération d'une société dont les actions sont cotées en bourse et cause de la sorte un dommage à la société est puni de l'amende sur plainte de la société ou d'un de ses actionnaires. La disposition doit permettre d'englober les infractions échappant aux dispositions pénales en vigueur telles que la gestion déloyale (art. 158 CP), l'abus de confiance (art. 138 CP), l'escroquerie (art. 146 CP) ou encore le faux dans les titres (art. 251 CP).

Le Conseil fédéral est d'avis que cette nouvelle disposition n'est pas nécessaire pour les raisons qui suivent.

En matière de droit pénal, le principe de la subsidiarité prévaut, c'est-à-dire qu'il n'y a lieu d'introduire une nouvelle disposition pénale que si aucun autre moyen (de droit civil ou de droit administratif par ex.) ou aucune mesure sociale ne suffit à empêcher le comportement répréhensible ou n'entre en ligne de compte. Il est incontesté que les excès en matière de rémunération qui ont été révélés au public ces dernières années se sont heurtés à l'incompréhension de celui-ci. Cependant, il y a lieu de se demander, d'une part, si la voie pénale est indiquée pour contrer de tels excès et, d'autre part, si elle constitue un moyen de lutte efficace dans ce registre. Ces questions sont d'autant plus pertinentes que le droit actuel de la société anonyme propose déjà des outils adéquats visant à empêcher et punir les actes contraires au règlement de rémunération et dont le contre-projet indirect examiné ici renforce la portée (par ex. action en restitution au sens de l'art. 678 CO).

Si, par exemple, un membre du conseil d'administration ne respecte par le règlement de rémunération, l'assemblée générale peut le révoquer (art. 705 CO). Lorsque les prestations ont été perçues indûment, il est possible d'en réclamer le remboursement par la voie de l'action en restitution (art. 678 CO). Si le conseil d'administration cause un dommage à la société en violant le règlement de rémunération, l'action en responsabilité peut être intentée (art. 754 CO). Le contre-projet indirect donne en outre à l'organe de révision la tâche de contrôler le rapport de rémunération dont l'objet consiste notamment à vérifier la bonne application du règlement de rémunération. Si l'organe de révision constate des infractions à ce règlement, il doit en aviser le conseil d'administration ou, dans les cas graves, l'assemblée générale elle-même (art. 728c CO).

De l'avis du Conseil fédéral, on peut se demander quelles infractions censées tomber sous le coup de la nouvelle disposition pénale n'entreraient pas, déjà, dans le champ d'application d'une disposition pénale en vigueur. Un membre du conseil d'administration qui ignore volontairement le règlement de rémunération et cause ainsi un dommage à la société viole son devoir de diligence et se rend coupable de gestion déloyale (art. 158 CP). Un membre du conseil d'administration qui ignore volontairement le règlement de rémunération et occulte son comportement, en falsifiant par exemple le rapport de rémunération, se rend coupable, selon les circonstances, d'une escroquerie ou d'un faux dans les titres (art. 251 et art. 146 CP).

Quand bien même d'autres types de comportements encore pourraient être envisagés, qui violeraient le règlement de rémunération et ne tomberaient sous le coup d'aucune disposition pénale existante, le Conseil fédéral estime qu'ils ne méritent pas d'être sanctionnés sur le plan pénal.

En tout état de cause, il y a lieu de relever que la peine proposée ici est relativement légère (amende de 10 000 francs au plus) et que l'infraction n'est poursuivie que sur plainte, de sorte que la victime est en droit de décider si elle veut poursuivre ou non l'auteur de l'acte, et que celui-ci ne serait donc pas poursuivi d'office; si l'on devait adopter une nouvelle disposition dans le sens de la proposition, il faudrait conserver ces éléments.

Cependant, le Conseil fédéral est d'avis que les nouveautés et améliorations proposées par le contre-projet indirect dans le registre du droit de la société anonyme constituent des mesures suffisantes et adéquates dans la lutte contre les rémunérations excessives. Il doute de l'utilité d'y ajouter une mesure relevant du droit pénal.

2.3 Disposition sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité

Le projet prévoit une règle spéciale pour les caisses de pension. Les actionnaires sont en principe libres de décider s'ils veulent ou non exercer leurs droits. Les institutions de prévoyance sont par contre tenues d'exercer leurs droits de vote dans les sociétés suisses dont les actions sont cotées en bourse. Le Conseil fédéral estime que cette exigence de vote mérite d'être soutenue, car les caisses de pension, en tant que grands investisseurs institutionnels, ont un rôle important à jouer s'agissant de l'exercice des droits des actionnaires. Il est par conséquent opportun que le projet intègre dans le processus d'amélioration de la gouvernance d'entreprise les institutions de prévoyance.

Dans le domaine des placements collectifs de capitaux, le message du Conseil fédéral relatif à la loi sur les placements collectifs précise que les titulaires d'autorisation (soit les personnes qui administrent ou gèrent les placements collectifs) sont tenus de voter lorsque les objets soumis au vote peuvent affecter durablement les intérêts des investisseurs⁶. On peut se demander si l'exigence légale prévue par le projet ne devrait pas être étendue aux placements collectifs afin que la gouvernance d'entreprise soit améliorée dans son ensemble.

La disposition prévoyant que les institutions de prévoyance doivent exercer leurs droits d'actionnaire dans l'intérêt des bénéficiaires est par contre problématique. En effet, on peut se demander, d'une part, comment se définit l'intérêt des bénéficiaires. D'autre part, il en résulte une incertitude concernant la responsabilité éventuelle des organes des institutions de prévoyance. Ces derniers sont en effet tenus de sauvegarder les intérêts de l'institution. Cette exigence générale est modifiée uniquement en ce qui concerne l'exercice des droits de vote liés aux actions cotées en bourse. Il s'ensuit que les organes violent leur devoir de diligence lorsqu'ils votent dans l'intérêt des bénéficiaires, mais pas dans l'intérêt de l'institution de prévoyance. Une disposition contradictoire, par ailleurs pertinente du point de vue de la responsabilité des organes, devrait à tout prix être évitée.

3 Propositions du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral est favorable à l'initiative parlementaire de la commission des affaires juridiques du Conseil des Etats et la soutient très largement. D'une part, l'initiative populaire se voit ainsi opposer un droit de la société anonyme révisé en tant que contre-projet indirect plutôt qu'une norme de droit constitutionnel extrêmement détaillée. D'autre part, son contenu reprend de nombreux éléments du contre-projet indirect du Conseil fédéral tout en développant certaines propositions dans le sens du Conseil fédéral.

Comme déjà mentionné, le projet nécessite cependant quelques modifications ponctuelles.

Le Conseil fédéral soumet ainsi les propositions suivantes:

a. *Art. 678, al. 2, P-CO*

Ils sont également tenus de restituer les autres prestations de la société dans la mesure où elles sont en disproportion avec leur contre-prestation.

b. *Art. 717, al. 1^{bis}, P-CO*

Ils doivent en particulier veiller à fixer les indemnités en considération de la situation économique de l'entreprise et de sa prospérité à long terme ainsi qu'en adéquation avec les tâches, la prestation et la responsabilité du bénéficiaire.

Art. 731e P-CO

Biffer

⁶ Message du 23 septembre 2005 concernant la loi sur les placements collectifs de capitaux (loi sur les placements collectifs), FF 2005 5993.

- c. *Art. 731k, al. 2, P-CO
Biffer*
- d. *Art. 731l, al. 2, P-CO
Biffer*
- e. *Art. 326quinquies P-CP
Biffer*
- f. *Art. 71a, al. 2, P-LPP
Biffer*

