

10.443

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

Madame la Présidente,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent rapport, nous vous soumettons un projet de modification du code des obligations (indemnités dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse et autres modifications du droit de la société anonyme), que nous transmettons simultanément au Conseil fédéral pour avis.

La commission propose d'adopter le projet de l'acte ci-joint.

25 octobre 2010

Pour la commission:

Le président : Hermann Bürgi

Condensé

Ces dernières années, les hauts dirigeants de certaines entreprises suisses ont perçu des indemnités que la commission juge excessives et totalement disproportionnées par rapport à la nature de la prestation fournie. Outre le fait qu'elles ont déjà suscité un grand mécontentement au sein de l'opinion publique, de telles pratiques risquent d'entraîner des conséquences socio-économiques désastreuses.

C'est dans ce contexte qu'a été déposée l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives ». À l'instar des auteurs de cette initiative, la commission considère qu'il faut impérativement mettre un frein à ce genre de pratiques. Elle soutient, sur le fond, l'objectif de l'initiative visant à renforcer les droits des actionnaires. Estimant en outre que le principe d'autorégulation de l'économie n'a pas eu les effets escomptés, la commission considère qu'il est nécessaire de légiférer sur cette question.

Selon la commission, l'initiative populaire présente cependant des lacunes. Elle propose notamment de soumettre l'ensemble des sociétés anonymes cotées en bourse à certaines exigences que la commission juge trop strictes et en contradiction avec les principes libéraux qui régissent le droit suisse des sociétés, principes qui, à ses yeux, doivent impérativement être respectés. L'adoption de cette initiative nuirait considérablement aux sociétés anonymes cotées en bourse qui revêtent une importance significative pour l'économie suisse. De plus, l'inscription dans la Constitution de dispositions aussi détaillées que celles prévues par l'initiative populaire n'irait pas sans poser de problèmes.

Eu égard aux lacunes relevées, la commission a, tout comme le Conseil des États, recommandé le rejet de cette initiative populaire. De l'avis de la commission, la problématique des rémunérations abusives devra être résolue au niveau de la loi, par l'adoption de nouvelles dispositions pertinentes, lesquelles devront entrer en vigueur au plus vite. Parallèlement, la commission entend toutefois maintenir la flexibilité du droit de la société anonyme, qui contribue de manière déterminante à l'attrait de la place économique suisse.

Rapport

1 Genèse du projet

1.1 Contexte politique

L'initiative populaire « contre les rémunérations abusives » (ci-après « l'initiative populaire ») a été déposée le 26 février 2008, munie de 114 260 signatures valables¹. Elle vise à 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 d'influer sur la politique de rémunération des cadres dirigeants.

Dans son message du 5 décembre 2008 (08.080)², le Conseil fédéral 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)³. Ce contre-projet est conçu comme un message additionnel au projet de révision de la société anonyme et du droit comptable (08.011 ; message du Conseil fédéral du 21 décembre 2007)⁴. Le projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable et les propositions contenues dans le message additionnel rejoignent sur plusieurs points les mesures proposées dans l'initiative populaire. 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.

Le 11 juin 2009, le Conseil des États a adopté, par 26 voix contre 8 et 5 abstentions, la modification du code des obligations 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. Par 26 voix contre 10, il a en outre décidé de recommander 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. Le contre-projet direct accorde toutefois une plus grande marge de manoeuvre aux entreprises que l'initiative populaire : elles ont en effet 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

1 FF 2008 2325

2 FF 2009 265

3 RS 220

4 FF 2008 1407

toutes les dispositions relatives au gouvernement d'entreprise, et d'en suspendre provisoirement l'examen.

1.2 Initiative parlementaire

Le 20 mai 2010, la Commission des affaires juridiques du Conseil des États (ci-après : « la commission ») a décidé, par 9 voix contre 4, d'élaborer une initiative parlementaire préconisant une révision des dispositions de la législation fédérale sur lesquelles porte l'initiative populaire. Cette révision devra s'inspirer de l'initiative populaire et du contre-projet direct. Conformément à l'art. 109 al. 3 de la loi sur le Parlement (LParl)⁵, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) a approuvé, le 2 juin 2010, par 15 voix contre 11, la décision de sa commission homologue d'élaborer une initiative parlementaire.

À la suite de cette décision, les deux conseils ont décidé – le Conseil des États, 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 a la possibilité de prolonger ce délai d'un an supplémentaire au plus, 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 CAJ-N 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).

1.3 Travaux de la commission et de la sous-commission

Le 9 juin 2010 la commission a désigné une sous-commission chargée d'élaborer un projet d'acte. La sous-commission était composée des membres suivants : Hansheiri Inderkum (président), Pankraz Freitag, Claude Janiak et Werner Luginbühl. La sous-commission s'est réunie à deux reprises, le 29 juin 2010 et le 13 août 2010. La commission a quant à elle consacré ses séances des 19 août, 7 septembre et 25 octobre 2010 à l'élaboration du présent projet d'acte, qu'elle a adopté le 25 octobre 2010 à l'unanimité.

La commission a été secondée par le Département fédéral de justice et police, en vertu de l'art. 112, al. 1, LParl.

⁵ RS 171.10

2

Grandes lignes du projet

Le présent projet d'acte reprend les principales exigences de l'initiative populaire.⁶ La commission s'en est écartée lorsqu'elle estimait que l'initiative restreignait trop fortement la liberté économique, c'est-à-dire lorsqu'elle jugeait que celle-ci ne prévoyait pas les instruments adéquats pour résoudre la problématique traitée. Le contre-projet indirect contient en outre des dispositions supplémentaires dont l'élaboration n'a pas été demandée par l'initiative populaire. Le projet d'acte comporte notamment les règles suivantes :

– *Règlement de rémunération*

Dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse (sociétés cotées en bourse), le conseil d'administration édicte un règlement (règlement de rémunération) concernant les indemnités des membres du conseil d'administration, des personnes chargées de la gestion de la société (direction) et des membres du conseil consultatif. Ce faisant, le conseil d'administration opère une distinction entre l'indemnité de base et une éventuelle indemnité supplémentaire et détermine le rapport maximal admissible entre les deux. Il soumet le règlement de rémunération à l'assemblée générale pour approbation.

– *Rapport de rémunération*

Dans les sociétés cotées en bourse, le conseil d'administration établit annuellement un rapport de rémunération écrit. Il y rend compte du respect de la loi, du règlement de rémunération et, le cas échéant, des statuts. Les indemnités versées aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif sont indiquées dans le rapport de rémunération (cf. art. 663b^{bis} CO actuel).

– *Indemnités du conseil d'administration et du conseil consultatif*

Dans les sociétés cotées en bourse, l'assemblée générale se prononce annuellement sur l'approbation du montant global décidé par le conseil d'administration pour les indemnités versées à ses membres et celles versées aux membres du conseil consultatif.

– *Indemnités de la direction*

Dans les sociétés cotées en bourse, l'assemblée générale se prononce annuellement sur l'approbation du montant global décidé par le conseil d'administration pour les indemnités de la direction. Les statuts peuvent cependant prévoir que la décision définitive concernant les indemnités de la direction revient au conseil d'administration.

⁶ Cf. annexe: Présentation comparative de l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives » et du contre-projet indirect de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 25 octobre 2010.

– *Indemnités inadmissibles*

Dans les sociétés cotées en bourse, 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. Le conseil d'administration peut proposer à l'assemblée générale des exceptions, dans la mesure où celles-ci sont dans l'intérêt de la société.

– *Concrétisation du devoir de diligence*

Dans les sociétés cotées en bourse, les membres du conseil d'administration, de même que les tiers qui s'occupent de la gestion (art. 717 CO), sont tenus de respecter le devoir de diligence lors de la fixation des indemnités.

– *Avis obligatoires de l'organe de révision*

Le champ d'application des avis obligatoires de l'organe de révision (art. 728c CO) est élargi aux violations du règlement de rémunération.

– *Action en restitution*

L'action en restitution (art. 678 CO) est réglée de manière plus efficace. Outre les membres du conseil d'administration, les personnes qui s'occupent de la gestion et les membres du conseil consultatif sont désormais aussi tenus à restitution. La disproportion manifeste des prestations de la société avec leur contre-prestation devient la seule condition de l'action en restitution (art. 678, al. 2, CO) ; le critère de la disproportion manifeste entre les prestations de la société et sa situation économique, également prévu à l'art. 678, al. 2, CO, est supprimé.

– *Élection du conseil d'administration*

Dans les sociétés cotées en bourse, l'assemblée générale élit les membres du conseil d'administration tous les ans. Les statuts doivent cependant pouvoir prévoir une durée de mandat plus longue, allant jusqu'à trois ans. De l'avis de la commission, une durée de mandat de plus d'un an se justifie : elle permet en effet aux membres du conseil d'administration de travailler dans la continuité et de prendre des décisions qui servent l'intérêt à long terme de la société. Chaque membre est élu individuellement. Les membres du conseil d'administration sont rééligibles.

– *Représentation des droits de vote*

Dans les sociétés cotées en bourse, la représentation institutionnelle ne peut être assurée que par des représentants indépendants. Ceux-ci sont désignés chaque année par l'assemblée générale. Les actionnaires ne peuvent pas être représentés par un membre d'un organe de la société ou par un dépositaire.

– *Assemblée générale virtuelle*

Les entreprises ont la possibilité de recourir à des médias électroniques pour le déroulement de l'assemblée générale.

- *Obligation faite aux institutions de prévoyance d'exercer leur droit de vote et de rendre leur vote public*

Les institutions de prévoyance qui détiennent des participations dans des sociétés suisses cotées en bourse sont tenues d'exercer leur droit de vote et de le faire dans l'intérêt des bénéficiaires. Elles rendent publique la manière dont elles ont voté.

- *Disposition pénale*

Tout membre du conseil d'administration qui enfreint intentionnellement le règlement de rémunération d'une société cotée en bourse et qui cause de la sorte un dommage à la société est, sur plainte de la société ou d'un de ses actionnaires, puni de l'amende. Cette disposition doit être considérée comme un complément aux instruments de droit civil, plus stricts, auxquels il faudra, de l'avis de la commission, recourir en priorité. La commission estime que la disposition pénale beaucoup plus sévère proposée par l'initiative populaire est incompatible avec les principes généraux du droit pénal suisse.

3 Commentaire article par article

3.1 Code des obligations

Les explications qui suivent sont regroupées par thèmes, au sein desquels elles suivent la numérotation des articles.

3.1.1 Action en restitution des 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 et d'empêcher des pertes de substance injustifiées de l'actif de la société. Le nouvel art. 678 protège 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 facilitera aussi la restitution des indemnités excessives.

Le projet élargit le cercle des personnes tenues à restitution aux personnes qui s'occupent de la gestion. On exprime ainsi que l'art. 678 ne vise pas uniquement les organes formels (membres du conseil d'administration) et matériels (directeurs, etc.) mais aussi les organes de fait. S'il existe un conseil consultatif, ses membres seront aussi tenus à restitution.

L'al. 2 règle les distributions occultes de bénéfices, qui ont lieu lorsque la société verse des rémunérations disproportionnées pour des prestations de travail ou autres⁷. Ces rémunérations, bien que basées sur un contrat valable en droit, n'ont pas été convenues à des conditions conformes au marché.

Le projet, comme l'avant-projet du 2 décembre 2005 de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable, abandonne le critère selon lequel la prestation doit être en disproportion avec la situation économique (ou les résultats) de l'entreprise. Il doit être possible de demander la restitution d'une prestation injustifiée même si la société va bien financièrement, car cela ne saurait justifier un déséquilibre flagrant entre prestation et contre-prestation. Il suffira à l'avenir que ce déséquilibre existe.

Le droit actuel cite le critère de la mauvaise foi uniquement à l'art. 678, al. 1, CO. Les auteurs de doctrine sont partagés quant à la question de savoir si ce critère s'applique seulement à l'al. 1, ou aussi à l'al. 2⁸. Le projet – comme le projet du Conseil fédéral (message du 21 décembre 2007 ; message additionnel du 5 décembre 2008) – mettra fin à cette controverse en supprimant entièrement le critère de la mauvaise foi du bénéficiaire de la prestation. La mauvaise foi est un élément subjectif difficile à prouver. Si l'on ne veut pas que l'action en restitution d'une prestation objectivement injustifiée soit vouée à l'échec, il ne faut pas que le demandeur doive encore prouver que le bénéficiaire était de mauvaise foi. Comme on l'a déjà exposé dans le message du 21 décembre 2007, dans l'optique de la protection du droit de propriété des actionnaires, aucune raison ne justifie une dérogation aux règles générales régissant l'enrichissement illégitime, qui veulent que celui qui s'est enrichi aux dépens d'autrui sans cause légitime soit tenu à restitution, même s'il a reçu la prestation de bonne foi (art. 62, al. 1, CO)⁹. L'al. 3 prévoit néanmoins que le bénéficiaire de bonne foi ne doit restituer les prestations que s'il est encore enrichi au moment de la répétition, autrement dit de l'action en restitution.

Ces deux critères, « être de bonne foi » et « ne plus être enrichi », méritent plus ample description.

Bonne foi: l'art. 3, al. 2, du code civil (CC)¹⁰ prévoit que nul ne peut invoquer sa bonne foi si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettraient d'exiger de lui. En ce qui concerne l'action en restitution, le bénéficiaire n'est de bonne foi que s'il ne savait pas ou n'était pas tenu de savoir que l'avantage obtenu n'était pas légalement fondé.

Selon l'art. 3, al. 1, CC, la bonne foi est présumée. Il s'ensuit qu'il incombe aujourd'hui au demandeur de prouver la mauvaise foi du bénéficiaire. Le nouvel al. 3 de l'art. 678 renverse le fardeau de la preuve en demandant au bénéficiaire de prouver qu'il a reçu la prestation de bonne foi et qu'il n'est plus enrichi, ce qui facilite l'action en restitution.

⁷ Peter Kurer, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (éd.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 3^e éd., Bâle 2008, Art. 678 n 15.

⁸ Roger Dürr, Die Rückerstattungsklage nach Artikel 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen: unter besonderer Berücksichtigung übermässiger Entschädigungen an Mitglieder des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung, Thèse Zurich 2005, § 6 n 14.

⁹ FF **2008** 1407, 1482 s.

¹⁰ RS **210**

Non-enrichissement: l'al. 3 et l'art. 64 CO visent à empêcher que l'obligation de restituer ne lèse le bénéficiaire de bonne foi; celui-ci ne doit pas se trouver dans une plus mauvaise situation que s'il n'avait jamais reçu la prestation¹¹.

Il est possible d'invoquer le fait que le bénéficiaire n'est plus enrichi lorsque celui-ci, ayant reçu la prestation indue de bonne foi, l'a utilisée pour quelque chose qu'il n'aurait sans cela pas entrepris, par exemple pour financer un voyage qu'il n'aurait pas fait ou un don qu'il n'aurait pas versé s'il n'avait pas bénéficié du dividende ou de l'indemnité indue¹².

L'al. 5 habilite expressément l'assemblée générale à décider que la société intente l'action en restitution¹³. 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'administration¹⁴. 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.

Il faut souligner que l'approbation par l'assemblée générale des indemnités du conseil d'administration et du conseil consultatif (art. 731k) et de celles de la direction (art. 731l) ne s'oppose pas à une éventuelle action en restitution. Il est possible de demander le remboursement de l'indemnité de base approuvée par l'assemblée générale et de l'indemnité supplémentaire en vertu de l'art. 678, al. 2, dès lors qu'elles sont en disproportion avec la contre-prestation fournie. Car si l'assemblée générale approuve le montant global des indemnités du conseil d'administration, du conseil consultatif et, en principe, de la direction, elle ne se prononce ni sur la répartition interne de ce montant ni sur la pertinence de chaque indemnité par rapport à la contre-prestation fournie par la personne concernée. Par conséquent, la possibilité de vérifier le critère de la disproportion doit rester ouverte.

Art. 693, al. 3, ch. 5 (nouveau)

Actions à droit de vote privilégié

Le nouveau ch. 5 fixe de nouvelles règles matérielles. Pour requérir l'ouverture d'une action en restitution de prestations (art. 678), l'attribution du droit de vote doit se baser exclusivement sur la valeur nominale des actions. En d'autres termes, cette disposition suspend le droit de vote spécial des actionnaires privilégiés, comme dans le cas de l'action en responsabilité (art. 756 CO) et de l'institution d'un examen spécial (art. 697a CO).

¹¹ ATF 73 II 109; ATF 82 II 439.

¹² Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2^e éd., Zurich 1988, p. 694.

¹³ Cela découle implicitement de l'art. 693, al. 3, ch. 4, CO pour l'action en responsabilité et de l'art. 693, al. 3, ch. 5 du projet du Conseil fédéral du 21 décembre 2007 pour l'action en restitution.

¹⁴ Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 36 n 18 ss.

Art. 756, al. 2 Dommage subi par la société; prétentions hors faillite

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

3.1.2 Représentation à l'assemblée générale

Le projet, se basant sur le projet du Conseil fédéral du 21 décembre 2007¹⁵, prévoit une réforme de la représentation à l'assemblée générale. La distinction actuelle entre la représentation volontaire (ou civile) et la représentation dite institutionnelle est maintenue.

Dans la *représentation volontaire*, l'actionnaire mandate un particulier pour le représenter à l'assemblée générale. Les règles générales régissant le mandat sont alors applicables (art. 394 ss CO). Au contraire, la *représentation institutionnelle des droits de vote* est une forme particulière de représentation de l'actionnaire conçue pour qu'un très grand nombre d'actionnaires puissent se faire représenter lors de l'assemblée générale. Dans ce cas, des règles propres au droit de la société anonyme viennent se superposer à celles du mandat. Le droit actuel connaît trois formes de représentation institutionnelle: la représentation par un membre d'un organe, par le dépositaire ou par un mandataire indépendant (art. 689c ss CO).

Le régime actuel de la représentation de l'actionnaire ne donne pas entièrement satisfaction du point de vue de la gouvernance. C'est vrai pour la représentation institutionnelle dans les sociétés ouvertes au public, mais c'est aussi le cas dans les sociétés privées.

La révision de 1991 du droit de la société anonyme¹⁶ contenait déjà une réforme de la représentation institutionnelle de l'actionnaire (représentation par un membre d'un organe de la société, par un mandataire indépendant, par le dépositaire; cf. art. 689c s. CO). L'obligation faite aux banques de demander des instructions de vote à l'actionnaire a déjà amélioré la situation de la représentation par le dépositaire, mais la réglementation légale demeure insatisfaisante. Bien souvent, les actionnaires ignorent qu'en signant un contrat de dépôt ils octroient aussi un pouvoir de représentation à la banque. En outre, les demandes d'instructions de vote que les banques envoient à leurs clients (art. 689d, al. 1, CO) restent fréquemment sans réponse. Quant aux dispositions sur la représentation par un membre d'un organe ou par un mandataire indépendant, elles ne comportent aucune obligation légale de demander des instructions à l'actionnaire. Une partie de la doctrine estime donc que le mandataire qui n'a pas reçu d'instructions doit, à l'instar de la banque qui représente les actions en dépôt, voter dans le sens des propositions du conseil d'administration. La documentation de vote éditée par l'entreprise comporte fréquemment des explications à ce sujet et certains formulaires de procuration

¹⁵ FF 2008 1590 ss.

¹⁶ RO 1992 733 785 ; FF 1983 II 757

indiquent même que le membre d'un organe qui représente les actionnaires est tenu de voter systématiquement dans le sens des propositions du conseil d'administration.

La représentation des actionnaires pose aussi des problèmes dans les petites sociétés anonymes, lorsque le droit de représentation est limité aux actionnaires et que ces derniers sont en litige. Dans ce cas de figure, la jurisprudence accorde déjà à l'actionnaire le droit de se faire représenter à l'assemblée générale par un tiers indépendant¹⁷.

Pour remédier à cette situation insatisfaisante, le projet propose les réformes suivantes (art. 689c s.):

- seules les sociétés anonymes non cotées en bourse pourront limiter les possibilités de représentation à la représentation par un autre actionnaire;
- si tel est le cas, la société sera tenue de désigner un tiers indépendant comme mandataire si un actionnaire le demande;
- la représentation par le dépositaire et la représentation par un membre d'un organe seront abolies, que la société soit cotée en bourse ou non;
- les sociétés cotées en bourse seront tenues d'avoir un représentant indépendant, élu par l'assemblée générale;
- le représentant indépendant devra s'abstenir de voter lorsqu'il n'aura reçu aucune instruction de la part de l'actionnaire. Si la proposition n'est pas inscrite à l'ordre du jour, il votera en suivant les recommandations du conseil d'administration, faute d'instruction de l'actionnaire.

Lors de la consultation relative à l'avant-projet du 2 décembre 2005 de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable, certains avaient émis la crainte que la suppression de la représentation par un membre d'un organe, en particulier, associée aux nouvelles règles sur les instructions des actionnaires, ne nuise à la société, en favorisant les décisions aléatoires, au désavantage de la majorité silencieuse des actionnaires satisfaits¹⁸. Ce raisonnement n'est cependant pas convaincant¹⁹. On ne peut être certain que le processus de décision de l'assemblée n'est en rien faussé que si tous les associés qui ont mandaté une personne pour les représenter lui donnent des instructions claires sur l'exercice de leur droit de vote. La formation de la volonté ne sera pas de meilleure qualité si les actionnaires donnent tout pouvoir au représentant, sans même cocher une case du formulaire de procuration pour indiquer que celui-ci doit voter dans le sens des propositions du conseil d'administration. Le projet prévoit maintenant une règle spéciale imposant au représentant de suivre ces dernières dans le cas de propositions non inscrites à l'ordre du jour.

¹⁷ Décision rendue le 26 janvier 2001 par le tribunal du commerce du canton d'Argovie, ZBGR 2002 n°43.

¹⁸ Résumé des résultats de la procédure de consultation sur l'avant-projet de révision du code des obligations (droit de la société anonyme et droit comptable), février 2007, p. 16, téléchargeable à l'adresse <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/ve-res-f.pdf>.

¹⁹ Voir aussi à ce sujet Gaudenz Zindel, Stimmrechtsvertretung an Generalversammlungen von Publikumsgesellschaften, Insbesondere Stimmrechtsausübung ohne Weisungen, in: Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, éditeurs Gaudenz G. Zindel/Patrik R. Peyer/Bertrand Schott, Zurich/St-Gall 2008, p. 198.

Le projet vise à ce que la volonté des actionnaires s'exprime sans distorsion lors de l'assemblée générale. A cet effet, il interdit notamment les procurations permanentes dans les sociétés cotées en bourse et évite les mécanismes légaux qui conduisent à ce que les représentants institutionnels suivent automatiquement les propositions du conseil d'administration faute d'instructions contraires.

Art. 689, al. 2

Participation à l'assemblée générale; principe

L'art. 689, al. 2, énonce à titre de principe que l'actionnaire peut participer personnellement à l'assemblée générale mais peut aussi s'y faire représenter.

Art. 689c

Représentation de l'actionnaire; dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse

L'art. 689c définit le régime de la représentation institutionnelle de l'actionnaire dans les sociétés cotées en bourse. Comme le projet supprime la représentation par un membre d'un organe et la représentation par un dépositaire (al. 1 et 5), seule la forme de la représentation par un mandataire indépendant subsistera, ainsi que le précise l'al. 5.

L'al. 1 oblige par ailleurs les sociétés cotées en bourse à désigner au moins un représentant indépendant pour chaque assemblée générale. Ce représentant est élu par l'assemblée générale en vue de la suivante. Lors de la première assemblée générale suivant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, il faudra que le représentant indépendant soit désigné par le conseil d'administration si l'assemblée générale n'en a pas déjà élu un (art. 4 disp. trans.). Au cas où la société n'aurait pas de représentant légal au moment de la convocation à l'assemblée, par exemple parce qu'il s'est retiré ou qu'il est décédé, le conseil d'administration en désigne exceptionnellement un.

L'indépendance étant une condition essentielle pour que les actionnaires accordent leur confiance au représentant, il ne suffit pas que celui-ci soit indépendant en son for intérieur, sur un plan subjectif (car les tiers ne peuvent pas le vérifier), mais il doit l'être selon des critères externes et objectifs²⁰.

Selon l'al. 2, il est illicite d'établir un pouvoir permanent en faveur du représentant indépendant. Cette règle a pour but d'empêcher que la représentation, automatique, ne corresponde pas à la volonté récente et clairement exprimée de l'actionnaire de se faire représenter à une assemblée générale en particulier. En revanche, le régime de la représentation volontaire permet d'établir un pouvoir permanent en faveur d'une personne. Cette possibilité est même judicieuse (par ex. la représentation permanente de la mère par sa fille).

Afin que la volonté réelle des actionnaires s'exprime avec le moins de distorsions possibles dans le processus de décision de la société, l'al. 3 précise que le représentant indépendant doit s'abstenir de voter lorsqu'il n'a pas reçu d'instructions concrètes de la part du représenté sur des propositions inscrites à l'ordre du jour.

²⁰ Pour plus de détails, voir les explications concernant l'indépendance de l'organe de révision dans le message du 23 juin 2004 concernant la modification du code des obligations (obligation de révision dans le droit des sociétés) et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs, FF **2004** 3745, 3774 s.

Dans le système actuel, lorsqu'il ne reçoit pas d'instructions spécifiques, le représentant institutionnel exerce généralement le droit de vote dans le sens des propositions du conseil d'administration, ce qui ne reflète pas obligatoirement la volonté de l'actionnaire représenté.

Pour tenir compte de la nouvelle règle fixée à l'al. 3, l'art. 703 doit aussi être modifié. L'assemblée générale devra à l'avenir prendre ses décisions à la majorité absolue des votes exprimés, les abstentions ne comptant pas comme telles. Ainsi, les abstentions n'influenceront plus l'issue du vote, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui.

Lorsque des propositions non inscrites à l'ordre du jour sont formulées au cours de l'assemblée générale, il serait problématique d'interdire au représentant indépendant de voter parce qu'il n'a reçu aucune instruction. Un tel système pourrait inciter certains à déposer sciemment de nouvelles propositions durant l'assemblée générale dans le but de renverser les rapports majorité-minorité. L'al. 4 prévoit donc que le représentant indépendant vote en principe en suivant les recommandations du conseil d'administration lorsque la proposition n'était pas inscrite à l'ordre du jour. L'actionnaire aura toutefois la possibilité de lui donner d'autres instructions, qui primeront alors sur l'al. 4. La notion de proposition non inscrite à l'ordre du jour couvre toutes les propositions qui ne sont pas mentionnées dans la convocation à l'assemblée générale.

Pour sauvegarder le lien de confiance entre l'actionnaire et le représentant indépendant, il paraît judicieux que la procuration et les instructions de vote soient adressées directement au représentant, et non à la société pour que celle-ci les transmette ensuite à ce dernier.

On relèvera enfin qu'il n'est pas permis de contourner l'abolition de la représentation par un membre d'un organe ou par le dépositaire au moyen d'une représentation volontaire. La représentation des déposants par la banque sur la base d'une procuration permanente et sans instructions concrètes contreviendrait par exemple à l'al. 2.

Art. 689d Représentation de l'actionnaire; dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse

Selon l'al. 1, les sociétés anonymes privées pourront encore prévoir dans leurs statuts que l'actionnaire ne peut être représenté que par un autre actionnaire de la société. Cette réglementation sert à concrétiser les restrictions statutaires: elle permet d'exclure la prise d'influence de personnes à qui les actions ne peuvent être cédées en vertu des dispositions statutaires sur la restriction de la transmissibilité des actions.

Si la société recourt à cette possibilité, elle sera toutefois tenue, en vertu de l'al. 2, de désigner un représentant indépendant à la demande d'un actionnaire. Les actionnaires auront ainsi la garantie de pouvoir se faire représenter par une personne neutre en toutes circonstances. Cette règle est particulièrement importante pour les sociétés ayant un actionnariat réduit; pour les autres, les actionnaires pourraient se voir contraints de se faire représenter par des personnes qui ne partagent pas leur avis.

Selon l'al. 3, l'actionnaire qui sollicite la désignation d'un représentant indépendant doit en faire la demande à la société au plus tard quatorze jours avant l'assemblée

générale. Ce délai tient compte du fait que la convocation est communiquée au plus tard 20 jours avant l'assemblée générale (art. 700, al. 1), mais il va de soi que la requête visée aux al. 2 et 3 peut aussi être déposée avant la convocation. De son côté, et conformément à l'al. 4, la société doit communiquer le nom du représentant indépendant par écrit et à tous les actionnaires au plus tard huit jours avant l'assemblée.

De plus, si elle le souhaite, la société peut déjà désigner un représentant indépendant dans la convocation à l'assemblée. Elle peut aussi s'abstenir de désigner un représentant indépendant et accepter que le requérant, en application de l'al. 5, se fasse représenter par le tiers de son choix. Il pourrait ainsi arriver qu'un actionnaire communique à la société être empêché de participer à l'assemblée générale et vouloir s'y faire représenter par une personne que les statuts n'autorisent pas à avoir qualité de représentant parce qu'elle n'est pas actionnaire (cf. al. 1). Si la société y consent (ce qui devrait généralement être le cas), elle peut tout simplement s'abstenir de désigner un représentant indépendant (cf. al. 5). La simplicité de cette réglementation est ainsi garante d'une solution praticable pour les PME.

Contrairement aux actionnaires dont les actions sont cotées en bourse, les actionnaires des sociétés privées peuvent établir une procuration permanente en faveur du représentant indépendant (cf. art. 689c, al. 2, pour les sociétés cotées en bourse). Cet allègement a notamment pour objectif de réduire la charge administrative pour les PME.

Art. 689e, al. 1, 1^{re} phrase, et al. 2, 1^{re} phrase Communication

Les règles concernant la communication des informations sur la représentation institutionnelle lors de l'assemblée générale doivent être modifiées en fonction du nouveau régime institué aux art. 689c et 689d.

Art. 698, al. 2, ch. 2a (nouveau) Pouvoirs intransmissibles

Le projet prévoit que l'élection du représentant indépendant est en principe un pouvoir intransmissible de l'assemblée générale pour les sociétés cotées en bourse.

Les seules exceptions se trouvent à l'art. 689c, al. 1, 2^e phrase, et à l'art. 4 des dispositions transitoires.

Art. 702, al. 2 et 3 Mesures préparatoires; procès-verbal

Il faut modifier l'art. 702, qui règle le contenu du procès-verbal de l'assemblée générale, pour tenir compte du nouveau régime de la représentation à l'assemblée générale (al. 2, ch. 1, voir art. 689 ss). Le procès-verbal devra mentionner notamment les décisions et les résultats des élections, en indiquant le pourcentage des votes. Un certain nombre d'adaptations s'imposent également en raison des nouvelles règles concernant le recours aux médias électroniques (art. 701a ss). En vertu de l'al. 2, ch. 5 et 7, le procès-verbal devra fournir des renseignements sur l'utilisation de médias électroniques, sur le nombre de votes exprimés par ces moyens et sur l'apparition de problèmes techniques durant l'assemblée générale. Enfin, lorsque la société tient une assemblée générale électronique, donc sans lieu de

réunion physique, l'al. 2, ch. 6, exige que le procès-verbal fasse état du consentement de tous les actionnaires ou de leurs représentants.

L'al. 2, ch. 3, précise que les demandes de renseignements et les réponses fournies ne doivent figurer dans le procès-verbal que si les questions ont été traitées lors de l'assemblée générale.

Il convient aussi de tenir compte de l'évolution technique pour ce qui est du droit des actionnaires d'avoir connaissance du procès-verbal: celui-ci leur sera remis par voie électronique dans les vingt jours qui suivent l'assemblée générale, ou bien leur sera envoyé s'ils en font la demande. L'envoi pourra avoir lieu par courrier électronique. La société en supportera les frais (al. 3).

Art. 703 Décisions et élections

L'art. 703 doit être adapté aux nouvelles règles concernant les instructions de l'actionnaire au représentant institutionnel (art. 689c s.): seront déterminants non plus les voix attribuées aux actions représentées mais les votes exprimés. Un nouvel al. 2, *de nature obligatoire*, prévoit que les abstentions ne sont pas considérées comme des votes exprimés.

3.1.3 Modernisation de l'assemblée générale

Les dispositions relatives à la modernisation de l'assemblée générale correspondent à celles contenues dans le projet du Conseil fédéral du 21 décembre 2007²¹.

Art. 689a, al. 1^{bis} (nouveau) Légitimation à l'égard de la société

Selon le nouvel art. 689a, al. 1^{bis}, le conseil d'administration pourra accepter une procuration électronique au lieu d'un pouvoir de représentation écrit, à condition qu'elle soit pourvue d'une signature électronique qualifiée (art. 14, al. 2^{bis}, CO)²². Les décisions de l'assemblée générale prises avec le concours de représentants dont la procuration ne satisfait pas à ces exigences pourront être attaquées en justice sur la base de l'art. 691, al. 3, CO.

Pour tenir compte de la situation des petites sociétés, le projet n'oblige pas le conseil d'administration à accepter les procurations électroniques; en ce sens, l'art. 689a, al. 1^{bis}, représente une *lex specialis* dérogeant à la règle générale de l'art. 14, al. 2^{bis}, CO. De l'autre côté, il ne peut pas contraindre les actionnaires à faire établir une procuration électronique; ils doivent avoir la possibilité de remettre une procuration sur support papier pourvue d'une signature manuscrite (art. 14, al. 1, CO).

Art. 700 Convocation et inscription à l'ordre du jour; mode de convocation

Pour tenir compte des progrès de l'informatique, l'al. 1 propose que les sociétés puissent transmettre aux actionnaires la convocation à l'assemblée générale et les

²¹ FF 2008 1590 et 1598 ss.

²² Art. 2 et 7 de la loi du 19 décembre 2003 sur la signature électronique (SCSE; RS 943.03).

documents annexes par des moyens électroniques, y compris par télécopieur. La condition posée est que l'actionnaire concerné y consente, car nul ne peut être contraint de se servir des médias électroniques dans ses rapports avec la société.

Le consentement de l'actionnaire peut être exprimé de diverses manières. Si ce point n'est pas réglé dans les statuts, il appartiendra au conseil d'administration d'en fixer le mode d'expression, en vertu de l'al. 4.

La société répond de la bonne transmission électronique des documents. Des erreurs de transmission peuvent en effet léser le droit de participation de l'actionnaire (cf. art. 691, al. 3, et 706 CO).

L'al. 3 énonce le contenu obligatoire de la convocation à l'assemblée générale. On a modifié sa structure afin de le rendre plus clair. Il indique expressément que, lorsque des actionnaires ont fait inscrire des propositions à l'ordre du jour, un résumé de leurs motifs doit être inclus dans la convocation. Le ch. 4 exige que les sociétés cotées en bourse indiquent dans la convocation les coordonnées du représentant indépendant et le pourcentage du capital-actions constitué d'actions nominatives dont le propriétaire n'est pas inscrit au registre des actions (actions dispo²³). Cette mesure a pour but d'améliorer la transparence au sujet des voix représentées à l'assemblée générale.

Les al. 5 et 6 reprennent les al. 3 et 4 actuels²⁴.

Art. 701a (nouveau) Recours à des médias électroniques; exercice des droits des actionnaires

Les actionnaires pourront participer à l'assemblée générale à distance, à l'aide de médias électroniques, à condition que les statuts de la société prévoient cette possibilité. On pense en premier lieu à la retransmission de l'assemblée générale par Internet ou par d'autres médias, permettant aux personnes qui ne se trouvent pas sur place de participer activement à l'assemblée par des moyens informatiques. On pourrait aussi imaginer la tenue d'une assemblée générale en visiophonie. L'utilisation des nouvelles technologies permet, entre autres, de s'adapter à l'internationalisation de l'actionnariat des sociétés.

Les interventions des actionnaires qui participent à l'assemblée générale à distance devront être retransmises au lieu de la réunion (ch. 3). Il faudra toutefois s'assurer que l'identité des participants et des intervenants est clairement établie et que le résultat des votes ne peut être falsifié (cf. art. 701c). La responsabilité en incombera au conseil d'administration, qui répondra du dommage (cf. art. 754 CO actuel).

Les sociétés n'ont pas l'obligation d'autoriser la participation à l'assemblée générale à distance. La mise en place de l'infrastructure électronique et les contrôles permettant de garantir l'identité des actionnaires votant à distance ont un certain coût, surtout pour les entreprises qui ont un grand nombre d'actionnaires. C'est pourquoi le projet laisse aux sociétés le soin de décider dans quelle mesure elles veulent recourir aux nouveaux moyens de communication.

²³ Pour la notion des actions dispo voir le message du Conseil fédéral du 21 décembre 2007 concernant la révision du droit de la société anonyme et du droit comptable, FF **2008** 1407, 1437.

²⁴ Version du 16 décembre 2005 (FF **2005** 6842), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008.

Art. 701b (nouveau) Assemblée générale électronique

Les sociétés doivent aussi avoir la possibilité d'organiser une assemblée générale électronique, c'est-à-dire une assemblée générale sans lieu de réunion physique, que l'on appelle aussi « assemblée générale virtuelle » ou « cyber-assemblée générale ». Dans ce cas, les conditions prévues à l'art. 701c doivent également être réunies. Tous les participants à l'assemblée générale doivent être en mesure de suivre les exposés des intervenants en direct. La tenue d'une assemblée générale selon ces modalités suppose en outre que tous les actionnaires ou leurs représentants y consentent. Il est toutefois exclu de tenir une assemblée générale électronique si des décisions doivent être constatées par acte authentique, car les principes fondamentaux du notariat excluent a priori la forme authentique s'il n'y a pas de lieu de réunion physique (en application notamment des principes de l'unité de l'acte authentique et de l'unité de lieu²⁵).

En l'absence de dispositions statutaires, il appartiendra au conseil d'administration de fixer le mode d'expression du consentement des actionnaires au sujet de la tenue d'une assemblée générale électronique. S'ils n'ont pas exprimé leur consentement et que le droit de participer à l'assemblée générale s'en est trouvé lésé, les décisions prises seront nulles (cf. art. 706b, ch. 1, CO).

Certains participants à la procédure de consultation concernant l'avant-projet du 2 décembre 2005 de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable auraient souhaité qu'il n'y ait pas besoin du consentement unanime des actionnaires pour pouvoir tenir une assemblée générale électronique²⁶, jugeant qu'une majorité qualifiée serait suffisante. Un tel allègement permettrait certes aux sociétés qui ont un vaste actionnariat de renoncer à un lieu de réunion physique. Le droit de participer à l'assemblée générale fait cependant partie des droits fondamentaux des actionnaires et il ne paraît pas justifiable d'exclure de l'assemblée générale les actionnaires qui n'ont pas accès à Internet.

Art. 701c (nouveau) Conditions du recours aux médias électroniques

Cet article fixe les conditions auxquelles des médias électroniques peuvent être utilisés durant l'assemblée générale. Le principe de l'immédiateté veut que les actionnaires puissent former leur opinion sur la base des interventions du conseil d'administration et des autres actionnaires. C'est pourquoi le ch. 2 exige que tous les participants puissent faire des propositions et prendre une part active à l'assemblée générale.

Art. 701d (nouveau) Problèmes techniques

Lorsque, pour des raisons techniques, l'assemblée générale ne peut se dérouler selon les modalités prévues par la loi ou les statuts, l'al. 1 exige que la société en convoque une nouvelle. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire de respecter le délai prévu à

²⁵ Brückner Christian, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zurich 1993, ch. 2047 ss; Ruf Peter, Notariatsrecht, Langenthal 1995, ch. 1477 ss.

²⁶ Rapport concernant les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de révision du code des obligations: droit de la société anonyme et droit comptable, février 2007, p. 22.

l'art. 700, al. 1, pour la convocation. Il suffit que la date soit fixée de telle manière qu'une majorité d'actionnaires ne soit pas d'emblée empêchée d'y participer.

Selon l'al. 2, les points qui ont pu être traités avant l'apparition des problèmes techniques ne doivent pas être remis à l'ordre du jour et les décisions prises sont en principe valables, sous réserve d'une éventuelle action en justice.

Du moment que des problèmes techniques surviennent, le vote ou l'élection doit être répété. La société ne peut se dégager de cette obligation, même si elle peut prouver que les problèmes techniques n'ont eu aucune incidence sur le résultat du scrutin. Les actionnaires ont le droit inaliénable d'exiger que les votes et les élections prévus par la loi aient réellement lieu.

3.1.4 Election du conseil d'administration

Art. 710 Election et durée du mandat

Aux termes du droit actuel, les membres du conseil d'administration sont élus pour trois ans, sauf disposition contraire des statuts. La durée des fonctions ne peut cependant pas excéder six ans.

Pour ce qui est de la durée du mandat, le projet distingue entre les sociétés dont les actions sont cotées en bourse et les autres. Pour les premières, une règle de droit dispositif prévoit un mandat d'un an. Une réélection demeure évidemment possible (al. 4). Les statuts peuvent prévoir une durée plus longue, de trois ans au maximum. Cette règle répond aux vœux de l'économie qui souhaite la continuité dans les conseils d'administration et la possibilité d'échelonner les élections.

Il faut noter à cet égard que même si leur durée de fonctions est de plusieurs années, l'assemblée générale peut en tout temps révoquer les membres du conseil d'administration sur la base de l'art. 705 CO.

La réglementation actuelle reste applicable aux sociétés non cotées en bourse.

Pour l'ensemble des sociétés, le projet prévoit une élection individuelle. Il sera donc exclu d'élire le conseil d'administration *in corpore*.

Contrairement à l'initiative populaire, le projet n'oblige pas l'assemblée générale à élire un comité de rémunération. Ces comités, fréquents aujourd'hui dans les sociétés cotées en bourse²⁷, perdront de leur importance au regard de la nouvelle réglementation. En effet, les décisions du conseil d'administration concernant la fixation des indemnités (art. 731k, al. 1, et 731l, al. 1) seront des attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration (voir art. 716a, al. 1, ch. 1, CO). Ce dernier ne pourra déléguer à un comité de rémunération la fixation des indemnités sur la base de l'art. 716a, al. 2, CO, qu'à titre de préparation et d'exécution de ses décisions ou dans le cadre d'une surveillance. D'autre part, le projet attribue à l'assemblée générale la compétence d'approuver les indemnités, si

²⁷ Cf. à ce sujet Guy M. Gächter, Managementvergütungen: Grundlagen, Kompetenzen und Verfahren, Thèse St-Gall 2008, p. 128 ss.; Katja Roth Pellanda, Organisation des Verwaltungsrates, Zusammensetzung, Arbeitsteilung, Information und Verantwortlichkeit, Thèse Zurich 2007, n 616 ss.

bien que la présence d'un comité de rémunération « indépendant » n'est plus vraiment nécessaire.

Art. 712 Président et secrétaire

Le projet établit aussi une distinction entre sociétés cotées en bourse et sociétés non cotées en bourse pour ce qui est de la compétence d'élire le président du conseil d'administration. Dans les sociétés cotées en bourse, l'al. 1, à titre dispositif, attribue cette compétence à l'assemblée générale. Les statuts pourront toutefois prévoir une désignation par le conseil d'administration lui-même.

Les dispositions actuelles seront maintenues concernant la désignation du président dans les sociétés non cotées en bourse (al. 2) et la désignation du secrétaire (al. 3).

3.1.5 Réglementation concernant les indemnités

Les art. 731c à 731m règlent à la fois des tâches 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 chapitre III relatif à l'organisation de la société. Ces normes sont rassemblées non pas en fonction de leur destinataire mais de leur objet, les indemnités dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse.

3.1.5.1 Champ d'application

Art. 731c (nouveau) Champ d'application

L'art. 731c définit le champ d'application des art. 731d à 731m: ces dispositions s'appliquent uniquement aux sociétés dont les actions sont cotées en bourse. Par conséquent, le critère de rattachement n'est ni les sociétés ouvertes au public (voir art. 727, al. 1, ch. 1, CO), ni les sociétés ayant des titres de participations cotés en bourse (voir art. 663e, al. 3, ch. 1, CO; ces titres incluent non seulement les actions mais aussi les bons de participation, les bons de jouissance et les « autres titres de participation »²⁸), mais seulement celui des actions nominatives et des actions au porteur cotées en bourse.

Tant l'initiative populaire que le projet utilisent le critère de la cotation en bourse pour délimiter le champ d'application des dispositions relatives aux indemnités.

Le fait de subordonner certaines règles spéciales à ce critère – alors que la notion de cotation en bourse n'est pas définie dans le droit des obligations – n'a rien de nouveau. Tel est le cas par exemple, dans le droit actuel, de la publication des indemnités prévue à l'art. 663b^{bis} CO ou des restrictions de la transmissibilité des actions prévues à l'art. 685d CO.

²⁸ Cf. message du 23 juin 2004 concernant la modification du code des obligations (obligation de révision dans le droit des sociétés) et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs, FF **2004** 3745, 3786.

Selon l'art. 2, let. b, de la loi du 24 mars 1995 sur les bourses (LBVM)²⁹, sont considérés comme bourses toutes les organisations de commerce de valeurs mobilières qui visent l'échange simultané d'offres entre plusieurs négociants ainsi que la conclusion d'opérations. Selon l'art. 2, let. c, LBVM, la cotation est l'admission au négoce sur le marché principal ou sur le marché annexe. Il est à noter que les bourses peuvent être suisses ou étrangères³⁰.

A l'art. 731c, la notion de cotation en bourse ne se réfère qu'à une cotation faite à l'initiative de la société, à l'exclusion des échanges d'actions en bourse qui se font sans participation de la société qui a émis ces actions (par ex. à l'initiative d'un teneur de marché, c'est-à-dire d'un négociant qui, à titre professionnel, fait le commerce de valeurs mobilières à court terme pour son compte et propose au public, en permanence ou sur demande, un cours pour certaines valeurs mobilières [art. 3, al. 4, de l'ordonnance du 2 décembre 1996 sur les bourses (OBVM)³¹])³².

3.1.5.2 Devoir de diligence lors de la détermination du montant des indemnités

Art. 731e (nouveau) Devoir de diligence

Outre le devoir de diligence général de l'art. 717, al. 1, CO, le nouvel art. 731e impose au conseil d'administration et aux personnes qui s'occupent de la gestion³³ des sociétés cotées en bourse un devoir de diligence particulier lorsqu'ils fixent les indemnités. Il les oblige à 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, la prestation et la responsabilité du bénéficiaire de l'indemnité. Cette règle s'inspire fortement du § 87 de la nouvelle loi allemande sur les sociétés anonymes³⁴.

L'art. 731e précise que le conseil d'administration et les personnes qui s'occupent de la gestion peuvent 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, pourraient donc tout de même engager la responsabilité du conseil d'administration si elles n'étaient pas fixées en considération de la situation économique de l'entreprise ou de sa prospérité à long terme ou si elles n'étaient pas en adéquation avec les tâches, la prestation et la responsabilité du bénéficiaire.

²⁹ RS 954.1

³⁰ Cf. message du 23 juin 2004 concernant la modification du code des obligations (obligation de révision dans le droit des sociétés) et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs, FF 2004 3745, 3786.

³¹ RS 954.11

³² Cf. Matthias Oertle/Shelby du Pasquier, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Ed.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 3^e éd., Bâle 2008, Art. 685d n 1.

³³ Cf. le commentaire de l'art. 678 au ch. 3.1.1.

³⁴ *Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütungen (VorstAG)* du 31 juillet 2009, en vigueur depuis le 5 août 2009.

L'art. 731e prévoit trois critères impératifs de la diligence dans la fixation des indemnités: premièrement, la situation économique de l'entreprise, deuxièmement sa prospérité à long terme, troisièmement l'adéquation de l'indemnité avec les tâches, la prestation et la responsabilité du bénéficiaire.

Le critère de la situation économique veut que les indemnités soient 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, 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). L'objet de l'art. 678 est la protection de l'actif social, lequel doit être défendu contre les prélèvements occultes de bénéfices, quelle que soit la situation économique de l'entreprise. Tandis que l'objet de l'art. 731e est d'obliger le conseil d'administration et les personnes qui s'occupent de la gestion à faire preuve de diligence lorsqu'ils fixent les indemnités, cas dans lequel il est logique de tenir compte de la situation économique de l'entreprise.

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). Dans le contexte du devoir de diligence en matière de fixation des indemnités, elle exprime le fait que la politique de rémunération ne doit pas entraîner une course aux bénéfices à court terme mais qu'elle devrait, au contraire, favoriser la constance des bénéfices, dans l'intérêt à plus long terme de la société.

Le devoir de diligence implique que les indemnités soient fixées *en considération* de la situation économique de l'entreprise et de sa prospérité à long terme. Le choix de ce terme traduit le fait que le conseil d'administration et les tiers qui s'occupent de la gestion disposent d'une marge d'appréciation 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 ou des spécialistes hautement qualifiés.

Quant au critère de l'adéquation de l'indemnité avec les tâches, la prestation et la responsabilité de son destinataire, il exprime le fait que la diligence requise ne saurait être appréciée uniquement en fonction de facteurs relevant de la situation générale de la société; elle doit tenir compte des performances individuelles de celui qui reçoit l'indemnité. Les indemnités ne doivent pas être fixées arbitrairement en cas de bonne conjoncture et de bonnes perspectives de la société, sans être justifiées par les tâches, les prestations et les responsabilités assumées par leurs bénéficiaires. Ce critère supplémentaire rend superflu tout plafonnement des salaires, absolu ou relatif, par l'Etat (par ex. une indemnité maximale d'un million de francs, ou bien un rapport maximal de 1 à 20 entre la plus forte et la plus faible indemnité), comme certains l'ont réclamé.

L'idée d'une indemnité convenable n'est pas une nouveauté dans le droit suisse des sociétés. Ce critère a été utilisé dans l'art. 679 aCO³⁵ et subsiste à ce jour pour les sociétés coopératives, à l'art. 904 CO. Le montant convenable n'est pas un montant absolu, il doit être apprécié, dans chaque cas, en fonction des tâches, de la prestation et de la responsabilité du bénéficiaire de l'indemnité³⁶.

Les indemnités ne sont fixées dans le respect du devoir de diligence que lorsque les critères de l'art. 731e sont remplis cumulativement.

Le devoir de diligence en matière d'indemnités, tel qu'il est défini à l'art. 731e, ne signifie pas qu'il est possible de fixer les rémunérations qui ne sont pas visées par cette disposition (par ex. les indemnités aux cadres moyens d'une société cotée en bourse ou les indemnités versées dans une société non cotée en bourse) sans observer la diligence requise et à l'encontre des intérêts de la société.

3.1.5.3 Règlement de rémunération

Art. 716a, al. 1, ch. 2a (nouveau) Attributions inaliénables

Le conseil d'administration porte la responsabilité de l'adéquation de la politique en matière d'indemnités (cf. art. 731e). L'art. 716a, al. 1, ch. 2a, précise plusieurs points. Premièrement, les sociétés cotées en bourse sont tenues d'édicter un règlement de rémunération (art. 731d) et d'établir un rapport de rémunération (art. 731f). Deuxièmement, ces deux documents émanent du conseil d'administration. Troisièmement, l'édiction du règlement de rémunération et l'établissement du rapport de rémunération sont des attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration. La production de ces deux documents ne peut donc pas être déléguée à la direction, à un comité ou à un membre du conseil d'administration, ou à l'assemblée générale elle-même. Le règlement de rémunération édicté par le conseil d'administration doit cependant recevoir l'aval de l'assemblée générale (art. 731j).

Art. 731d (nouveau) Règlement de rémunération

Le conseil d'administration des sociétés dont les actions sont cotées en bourse est tenu, conformément à l'al. 1, d'édicter un règlement écrit concernant les indemnités. Ce règlement de rémunération doit fixer la manière dont sont déterminées les indemnités des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif. L'obligation ne concerne que les indemnités des membres de ces organes, mais le conseil d'administration reste libre d'étendre le champ d'application du règlement à d'autres collaborateurs de la société.

La notion d'indemnité est comprise de manière assez large. Définie à l'art. 731g, al. 2, elle recouvre notamment les bonifications, les tantièmes, les actions et options attribuées dans le cadre de programmes de participation, les indemnités de départ et les primes d'entrée. Quant aux prêts et autres crédits consentis aux membres anciens

³⁵ RO 1937 185, 216 et 345; en vigueur jusqu'au 30 juin 1992.

³⁶ Cf. Wolfhart Bürgi, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, vol. V: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/1: Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660-697), Zurich 1957, Art. 679 aOR n 9.

ou actuels du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif, ils doivent être indiqués dans le rapport de rémunération (art. 731*h*, al. 1) mais ne sont pas considérés comme des indemnités dans la mesure où ils sont conformes à la pratique du marché. Par contre, si le conseil d'administration renonce à une créance, cela constitue une indemnité (art. 731*g*, al. 2, ch. 7).

En vertu de l'al. 2, ch. 1, le conseil d'administration doit définir dans le règlement de rémunération les compétences et la procédure concernant la fixation des indemnités de base et des indemnités supplémentaires. Il doit notamment indiquer lesquels de ses membres (indépendants/dépendants, exécutifs/non exécutifs) et, le cas échéant, quelles autres personnes (par ex. membres de la direction et du conseil 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 d'indiquer les noms des personnes concernées; le règlement de rémunération vise à décrire de manière détaillée les procédures sur le plan fonctionnel³⁷. Il devra aussi prévoir des mesures pour éviter d'éventuels conflits d'intérêts.

Le projet ne prescrit pas la formation d'un comité de rémunération. Si une société en constitue un, la composition (par ex. majorité de membres indépendants et non exécutifs du conseil d'administration) et les tâches de ce comité devront être fixées dans le règlement de rémunération.

Les principes visés à l'al. 2, ch. 2, devront comprendre les objectifs pris en compte lors de la conception de la rémunération (objectifs en termes de chiffre d'affaires et de rendement, indicateurs appliqués, comparaisons de salaire, évolution des cours, objectifs personnels). Le conseil d'administration devra également indiquer comment il pondère ces objectifs et selon quels critères leur réalisation est évaluée. Le système de rémunération et, en conséquence, le règlement de rémunération devront être clairs et logiques.

Selon l'al. 2, ch. 3, le règlement précisera aussi les différents éléments de la rémunération. Le conseil d'administration fixera notamment les formes d'indemnités appliquées dans la société (cf. art. 731*g*, al. 2).

Les éventuels programmes de participation seront aussi inclus dans les éléments de la rémunération. C'est en raison du risque de dilution, ainsi que des structures parfois complexes, des incitations créées et des effets à long terme de ces programmes, qu'ils sont mentionnés spécifiquement à 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 à titre d'indemnités et quelles sont les conditions d'attribution et les modalités concrètes de ces programmes.

Selon l'al. 2, ch. 4, le règlement de rémunération doit aussi fixer les principes directeurs concernant la durée et les modalités de résiliation des contrats qui prévoient ces indemnités (voir art. 731*g*, al. 1, ch. 2). Les actionnaires auront ainsi la possibilité de prendre connaissance non seulement de la nature et du montant des

³⁷ Cf. le commentaire du SIX du 20 septembre 2007 relatif à la Directive sur la Corporate Governance, ch. 5.1. Le texte peut être téléchargé à l'adresse: http://www.six-exchange-regulation.com/obligations/governance_fr.html.

indemnités mais aussi de la durée des engagements, et d'exercer une influence sur tous ces éléments (voir art. 731j).

Le conseil d'administration devra prévoir dans le règlement de rémunération une possibilité de réduire rétrospectivement des indemnités supplémentaires (système de malus-bonus³⁸) ou expliquer pourquoi il renonce à cette possibilité (al. 2, ch. 5).

Contrairement aux indemnités anticipées (voir art. 731m), les primes d'entrée sont en principe autorisées car elles peuvent tout à fait être dans l'intérêt de la société. Elles constituent des indemnités (art. 731g, al. 2, ch. 5) et, faisant partie du montant global des indemnités, doivent être approuvées par l'assemblée générale en même temps que les autres. Le projet ne prévoit cependant pas de les publier à part. Pour éviter qu'elles ne soient fixées de manière arbitraire, le conseil d'administration devra en définir l'admissibilité, les fondements et les conditions dans le règlement de rémunération.

Les charges qui fondent ou augmentent des droits à des prestations de prévoyance sont aussi des indemnités (art. 731g, al. 2, ch. 8) et doivent être approuvées par l'assemblée générale. Les actionnaires ne savent généralement pas quels sont le montant et le mode de calcul de ces prestations de prévoyance, qui excèdent parfois largement le montant légal des prestations de l'employeur³⁹. Pour éviter des abus et donner aux actionnaires toutes les informations nécessaires dans ce domaine important, le conseil d'administration devra, selon l'al. 2, ch. 7, inscrire dans le règlement de rémunération les principes selon lesquels le montant des prestations de prévoyance est fixé.

Selon l'art. 731d, al. 3, une distinction doit être opérée entre l'indemnité de base et l'éventuelle indemnité supplémentaire. L'indemnité de base représente une rémunération fixe. Comme elle est approuvée pour l'année suivante, les membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif savent quelle sera leur rémunération minimum pour le travail qu'ils auront accompli. L'indemnité supplémentaire, elle, comprend des éléments liés aux résultats et aux prestations. Il ne s'agit cependant pas en principe d'une distribution de parts de bénéfice au sens de l'art. 677 CO et elle est donc déjà portée comme charge dans les comptes annuels, lesquels sont soumis au contrôle ordinaire de l'organe de révision. Les indemnités de départ compteront comme indemnité supplémentaire. Etant donné que les indemnités supplémentaires ne pourront être accordées que sous réserve de l'approbation de l'assemblée générale, les rémunérations susceptibles d'être considérées comme telles au sens des art. 731k, al. 1, ch. 2 et 4, et 731l, al. 1, ch. 2, figureront sous une forme conditionnelle, à confirmer ultérieurement, dans les contrats conclus par la société avec les membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif.

Enfin, on renonce à fixer dans le projet un rapport maximum admissible entre l'indemnité de base et l'indemnité supplémentaire, car ce rapport peut varier selon la branche, la taille et l'orientation de l'entreprise notamment. Il devra être fixé par le

³⁸ Cf. circulaire 2010/1 de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers « Systèmes de rémunération. Normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers », n° 48 ss, téléchargeable à l'adresse <http://www.finma.ch/f/regulierung/Documents/finma-rs-2010-01-f.pdf>.

³⁹ Guy Gächter, *Managementvergütungen: Grundlagen, Kompetenzen und Verfahren*, Thèse St-Gall 2008, p. 28.

conseil d'administration dans le règlement de rémunération. La société aura ainsi toute latitude pour instaurer une règle adaptée à sa situation.

3.1.5.4 Rapport de rémunération

Art. 728a, al. 1, ch. 4 (nouveau) Attributions de l'organe de révision ; objet et étendue du contrôle

En droit actuel, les indemnités aux cadres supérieurs doivent être publiées dans l'annexe au bilan (art. 663^{bis} CO). Comme cette annexe fait partie intégrante des comptes annuels, selon l'art. 662, al. 2, CO, les informations relatives à ces indemnités sont contrôlées par l'organe de révision quant à leur conformité aux dispositions légales et aux statuts (art. 728a, al. 1, CO).

Le projet prévoit la publication dans le rapport de rémunération au lieu de l'annexe au bilan (voir le commentaire des art. 731g ss). La transparence des indemnités n'est toutefois garantie que si les dispositions légales correspondantes peuvent être appliquées de manière efficace⁴⁰. Comme le rapport de rémunération ne fait pas partie des comptes annuels, soumis à la révision, il faut compléter sur ce point les tâches de l'organe de révision. L'art. 728a, al. 1, ch. 4, enjoint donc à ce dernier de vérifier si le rapport de rémunération des sociétés cotées en bourse correspond aux dispositions légales et aux statuts. L'examen de l'organe de révision porte sur l'exhaustivité et l'exactitude des opérations comptables. S'il relève des inexactitudes concernant les indemnités versées aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif, il devra en règle générale informer l'assemblée générale, comme le prévoit l'art. 728c, al. 2, ch. 1, CO (concernant l'obligation d'aviser de l'organe de révision en cas de violation du règlement de rémunération, voir le commentaire de l'art. 728c, al. 1 et 2^{bis})⁴¹.

L'organe de révision devra inclure dans son rapport à l'assemblée générale un avis sur le résultat du contrôle du rapport de rémunération (art. 728b, al. 2, ch. 1, CO).

Selon l'al. 1, ch. 4, le contrôle effectué par l'organe de révision se limitera à la publication des indemnités dans le rapport de rémunération. La partie du rapport consacrée au respect des textes applicables (art. 731f) ne sera pas soumise à la révision.

Art. 731f (nouveau) Rapport de rémunération; en général

Le rapport de rémunération sert d'une part à rendre compte du respect des exigences (art. 731f), d'autre part à assurer la transparence en rendant publiques les rémunérations des cadres (art. 731g ss).

⁴⁰ 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, 4236.

⁴¹ 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, 4236.

L'al. 1 dispose que le conseil d'administration établit chaque année un rapport de rémunération écrit, dans lequel il rend compte de manière concrète et détaillée de la mise en œuvre des exigences légales, du règlement de rémunération (voir art. 731*d*) et le cas échéant des statuts.

Le rapport de rémunération porte sur les indemnités supplémentaires fixées pour l'exercice écoulé et sur les indemnités de base de l'année suivante (pour plus de détails sur ces notions, voir art. 731*k* et 731*l*). Il doit faire la distinction entre les indemnités des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif.

Le conseil d'administration doit y exposer la manière dont est concrètement mis en œuvre le règlement de rémunération. Plus le mode de rémunération et ses modalités sont complexes, plus il devra donner des explications détaillées. En particulier, il devra exposer avec précision toutes les modalités des programmes de participation (notamment base de calcul, critères d'attribution, éventuels délais d'interdiction d'aliénation; en sus pour les plans de conversion et d'options: durées, droits de souscription et prix d'exercice)⁴².

Le conseil d'administration présente dans le rapport de rémunération toutes les indemnités et rend notamment compte de la réalisation concrète des exigences du règlement de rémunération, qui est de caractère général et abstrait⁴³. On garantit ainsi que les actionnaires pourront exercer leurs droits en toute connaissance de cause; en ce sens, un rapport de rémunération précis et clair sert aussi l'intérêt du conseil d'administration.

Le rapport de rémunération sert en outre de compte rendu circonstancié mais il vient aussi à l'appui de la proposition à l'assemblée générale concernant les indemnités des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif au sens des art. 731*k* et 731*l*.

Aux termes de l'al. 2, la communication du rapport de rémunération est régie par analogie par les dispositions sur la communication du rapport de gestion (art. 696, al. 1 et 2, CO). Ainsi, il 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 exiger qu'un exemplaire de ce rapport lui soit délivré gratuitement dans les meilleurs délais. Les titulaires d'actions nominatives doivent en être informés par une communication écrite, les titulaires d'actions au porteur par une publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) et, au surplus, en la forme prévue par les statuts (art. 696, al. 2, CO).

Enfin tout actionnaire peut encore, dans l'année qui suit l'assemblée générale, se faire délivrer gratuitement par la société le rapport de rémunération dans la forme approuvée par l'assemblée générale (art. 696, al. 3, CO).

⁴² Commentaire du SIX du 20 septembre 2007 relatif à la Directive sur la Corporate Governance, ch. 5.1.

⁴³ Olivier Blanc/Florian Zihler, Die neuen aktienrechtlichen Vergütungsregeln gemäss dem Entwurf vom 5. Dezember 2008, Die grosse Aktienrechtsrevision als indirekter Gegenvorschlag zur Volksinitiative "gegen die Abzockerei", GesKR 1/2009, p. 71.

Art. 731g, 731h et 731i (nouveaux) Transparence des indemnités

Les art. 731g, 731h et 731i reprennent pour l'essentiel l'art. 663b^{bis} CO actuel⁴⁴. Ils règlent la publication des indemnités des cadres supérieurs dans les sociétés cotées en bourse.

Les dispositions de l'art. 663b^{bis} CO, qui portent sur la transparence des indemnités, sont déplacées et divisées en trois articles – les art. 731g, 731h et 731i. Les indemnités ne seront plus publiées en annexe du bilan mais dans le rapport sur les indemnités, si bien que l'on peut respecter le principe de l'unité de la matière en insérant ces normes dans le chapitre sur les indemnités des sociétés cotées en bourse. Le rapport de rémunération restera soumis à la révision (voir art. 728a, al. 1, ch. 4).

Quelques compléments sont apportés à ces dispositions. Pour améliorer la transparence, la loi obligera les sociétés à publier la durée convenue des contrats (notamment les contrats de travail et les mandats) qui fondent les indemnités (art. 731g, al. 1, ch. 2; voir aussi art. 731d, al. 2, ch. 4).

Pour éviter tout risque de lacune, elle précisera que les primes d'entrée (« *golden hellos* ») sont à considérer comme des indemnités (art. 731g, al. 2, ch. 5). Elles doivent être clairement distinguées des indemnités anticipées (voir le commentaire de l'art. 731m).

Les indemnités de départ et les indemnités anticipées ne seront désormais autorisées que dans des cas exceptionnels et devront être approuvées par l'assemblée générale (art. 731m). Vu leur statut juridique particulier, leur montant global sera publié à part (art. 731h, al. 2, ch. 4).

Enfin, le rapport de rémunération mentionnera les autres mandats des membres du conseil d'administration et de la direction (art. 731h, al. 3). Cette disposition s'inspire du devoir de transparence des membres des Chambres fédérales, statué à l'art. 11, al. 1, let. b et d, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (LParl)⁴⁵.

Une *minorité de la commission* (Zanetti, Janiak, Savary, Recordon, Stadler Markus) a demandé que l'on publie aussi les indemnités accordées aux collaborateurs lorsqu'elles sont supérieures au montant le plus bas accordé à un membre de la direction. En effet, dans certaines branches, les indemnités versées aux membres des échelons hiérarchiques inférieurs atteignent parfois des montants plus élevés que celles de leurs supérieurs. La commission a cependant décidé de maintenir la réglementation actuelle sur ce point et de ne pas étendre la transparence des indemnités aux échelons inférieurs de la hiérarchie.

Les règles relatives à la publication des indemnités étant à l'avenir fixées aux art. 731g ss, il convient d'abroger l'art. 663b^{bis} CO.

Concernant la période couverte par le rapport de rémunération, il faut clairement distinguer entre la partie compte rendu (art. 731f) et la partie visant à garantir la transparence (art. 731g ss). La première sert de motivation des indemnités fixées et proposées par le conseil d'administration. Elle contient le montant global des indemnités de base pour la période allant jusqu'à l'assemblée générale suivante

⁴⁴ Introduit par le ch. I de la loi fédérale du 7 octobre 2005 (Transparence des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007 (RO 2006 2629, 2632; FF 2004 4223).

⁴⁵ RS 171.10

(art. 731k, al. 1, ch. 1 et 3, et 731l, al. 1, ch. 1) et le montant global des indemnités supplémentaires allouées pour l'année écoulée (art. 731k, al. 1, ch. 2 et 4, et 731l, al. 1, ch. 2).

Pour ce qui est de la deuxième partie du rapport, au contraire, le moment déterminant pour l'obligation de publier les indemnités est celui où celles-ci sont comptabilisées⁴⁶. Cette partie-là se fonde donc sur l'exercice précédent.

Les périodes de référence du compte rendu fourni par le conseil d'administration et de sa proposition à l'assemblée générale se recoupent pour ce qui est des indemnités supplémentaires, mais elles sont différentes en ce qui concerne les indemnités de base. Les actionnaires devront, pour ces dernières, se fonder sur la proposition du conseil d'administration, même s'ils peuvent en partie se servir du compte rendu dans le rapport de rémunération comme référence.

3.1.5.5 Approbation par l'assemblée générale

Art. 627, ch. 15 (nouveau) Statuts ; Autres dispositions

Le ch. 15 précise que, pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, les dérogations concernant l'approbation des indemnités de la direction (art. 731l, al. 1) ne sont valables qu'à la condition de figurer dans les statuts.

Art. 698, al. 2, ch. 4a (nouveau) Droits intransmissibles

Le projet dispose clairement que l'assemblée générale a le droit intransmissible, lorsque les actions de la société sont cotées en bourse, d'approuver le règlement de rémunération et les indemnités du conseil d'administration et du conseil consultatif. Ce nouveau droit intransmissible dévolu aux actionnaires améliorera notablement le gouvernement d'entreprise sous l'angle de la rémunération des dirigeants.

Quant aux indemnités de la direction, les statuts peuvent prévoir que l'assemblée générale ne se prononce pas sur l'approbation de leur montant (art. 731l, al. 1, 1^{re} partie de la phrase), de sorte qu'il ne s'agit pas là d'un droit intransmissible de l'assemblée générale au sens de l'art. 698, al. 2, CO.

Art. 706, al. 1 Droit d'attaquer les décisions relatives aux indemnités

Le projet prévoit que l'assemblée générale se prononce aussi bien sur l'approbation du règlement de rémunération général et abstrait (art. 731j) que sur l'approbation des indemnités individuelles et concrètes (art. 731k ss). Vu cette double compétence attribuée à l'assemblée générale, les actionnaires risquent de prendre parfois des décisions contradictoires (lors d'une même assemblée générale ou lors d'assemblées générales distinctes), par exemple en approuvant un règlement de rémunération qui prévoit une indemnité de base fixe pour les membres du conseil d'administration,

⁴⁶ 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.

puis en refusant le montant proposé pour cette indemnité. Il est aussi envisageable qu'une majorité d'actionnaires approuvent des indemnités contraires au règlement de rémunération.

En tout état de cause, les décisions de l'assemblée générale qui portent sur la rémunération des dirigeants et qui violent les normes légales en la matière (par ex. une décision de l'assemblée générale qui approuverait l'indemnité supplémentaire des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif d'un point de vue prospectif, pour la période allant jusqu'à la prochaine assemblée générale ; cf. art. 731*k*, al. 1, ch. 2 et 4, et art. 731*l*, al. 1, ch. 2) peuvent être attaquées en vertu de l'art. 706 CO en vigueur. Quant aux décisions de l'assemblée générale qui, sans violer la loi, violent le règlement de rémunération, elles ne peuvent pas être attaquées sur la base de ce même article.

Comme il est approuvé par l'assemblée générale, le règlement de rémunération jouit du même statut juridique que les statuts. C'est pourquoi il est justifié d'étendre le droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale prévu à l'art. 706 CO aux violations du règlement de rémunération. Cette mesure permettra aux actionnaires minoritaires comme aux bénéficiaires des indemnités de se défendre contre des décisions de l'assemblée générale qui ne respecteraient pas le règlement de rémunération dûment approuvé.

Les possibilités d'application étant nombreuses et variées, le projet n'ajoute aucun élément à la liste des décisions annulables ; il se contente de compléter la clause générale exprimée dans la phrase introductive, qui mentionnera désormais aussi la violation du règlement de rémunération parmi les causes d'annulation.

Le droit d'intenter une action ne revient jamais individuellement aux membres du conseil d'administration, mais seulement au conseil d'administration dans son ensemble, en sa qualité d'organe. Néanmoins, étant donné que les personnes soumises au règlement de rémunération (autrement dit les membres du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif) sont généralement aussi actionnaires de la société, toute personne concernée par la décision de l'assemblée générale peut très bien, en pratique, faire valoir son droit d'attaquer ladite décision.

Art. 716a, al. 1, ch. 4 Attributions inaliénables

L'art. 716*a* CO en vigueur établit le principe dit de parité⁴⁷ et dispose, à l'al. 1, ch. 4, que nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion et de la représentation constituent une attribution intransmissible et inaliénable du conseil d'administration.

Or, la nomination des membres de la direction est liée de près à la détermination des indemnités, qui continuera d'incomber elle aussi au conseil d'administration. Cependant, les indemnités devront dorénavant être approuvées par l'assemblée générale – sauf disposition contraire prévue par les statuts.

⁴⁷ Message du 23 février 1983 concernant la révision du droit des sociétés anonymes, FF 1983 II 757, 863.

Le projet relativise donc le principe dit de parité pour ce qui est de la nomination des membres de la direction⁴⁸, en ce sens qu'il précise que le conseil d'administration jouit de cette attribution sous réserve des dispositions légales et statutaires prévoyant que l'assemblée générale est compétente pour approuver des indemnités (cf. art. 731l).

Art. 728c, al. 1 et 2^{bis} (nouveau) Attributions de l'organe de révision ; avis obligatoires

Le règlement de rémunération des sociétés dont les actions sont cotées en bourse peut être très volumineux et complexe. Pour les actionnaires en particulier, il n'est donc pas toujours aisé de s'assurer si ledit règlement a été respecté. C'est pourquoi il est pertinent de prévoir un mécanisme de contrôle complétant l'information et la publication dans le rapport de rémunération, qui est lui-même soumis à la vérification effectuée par l'organe de révision (art. 731f^{ss} en relation avec l'art. 728a, al. 1, ch. 4), et la possibilité d'intenter une action en justice (art. 706, al. 1).

Rappelons que les sociétés cotées en bourse sont tenues de soumettre leurs comptes au contrôle ordinaire d'une entreprise de révision soumise à la surveillance de l'Etat (art. 727, al. 1, ch. 1, let. a, et art. 727b, al. 1, CO).

Pour que l'application des nouvelles règles de rémunération soit garantie, le projet prévoit d'inclure dans l'éventail des avis obligatoires de l'organe de révision les violations du règlement de rémunération constatées lors du contrôle ordinaire (art. 728a CO). Ainsi, l'organe de révision devra signaler désormais toute violation du règlement de rémunération au conseil d'administration (al. 1). Bien qu'il n'ait aucune obligation de recherche, ses tâches se limitant au contrôle, il est tenu à un certain devoir de fidélité en tant qu'organe de la société. C'est à ce titre qu'il signalera donc les éventuelles violations du règlement de rémunération, y compris celles qu'il découvrirait par hasard.⁴⁹

Si la violation du règlement de rémunération est grave, l'organe de révision informe également l'assemblée générale (al. 2^{bis}).

Art. 731j (nouveau) Approbation du règlement de rémunération

Le conseil d'administration édicte le règlement de rémunération, mais celui-ci doit, aux termes de l'al. 1, être approuvé par l'assemblée générale pour être valable (cf. aussi art. 698, al. 2, ch. 4a). Après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, ce ne sera en outre plus seulement la promulgation initiale dudit règlement qui devra être soumise à l'approbation de l'assemblée générale, mais encore toute modification ultérieure décidée par le conseil d'administration (al. 1, 2^e phrase).

⁴⁸ Cf. Olivier Blanc/Florian Zihler, *Die neuen aktienrechtlichen Vergütungsregeln gemäss dem Entwurf vom 5. Dezember 2008, Die grosse Aktienrechtsrevision als indirekter Gegenvorschlag zur Volksinitiative „gegen die Abzockerei“*, GesKR 1/2009, p. 75.

⁴⁹ Cf. message du 23 juin 2004 concernant la modification du code des obligations (obligation de révision dans le droit des sociétés) et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs, FF **2004** 3745, 3800.

Cette réserve permet aux actionnaires, qui peuvent déjà se prononcer sur l'approbation du montant global des indemnités, de se prononcer aussi sur le règlement de rémunération et d'influer ainsi sur les points essentiels du système de rémunération. De plus, l'approbation du règlement de rémunération par l'assemblée générale assure la sécurité du droit à l'égard des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif.

Le conseil d'administration n'est pas le seul à pouvoir proposer une modification du règlement de rémunération : les actionnaires sont également habilités à le faire. L'al. 2 dispose en effet que 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 à l'assemblée générale de modifier le règlement de rémunération. Cette disposition reprend les seuils que le Conseil fédéral avait fixés dans son projet du 21 décembre 2007 au sujet du droit de requérir l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et de formuler des propositions (art. 699a).⁵⁰ Par ailleurs, elle établit clairement que les actionnaires peuvent uniquement proposer une modification du règlement de rémunération, mais en aucun cas sa révocation ; cette précision permet d'éviter d'éventuelles lacunes réglementaires momentanées. La proposition doit présenter les grandes lignes de la modification souhaitée et la motiver (par ex. proposer l'instauration d'un système de bonus-malus ou d'un délai de blocage de plusieurs années pour les actions attribuées). Il incombera toutefois au conseil d'administration de mettre en œuvre les modifications adoptées (cf. art. 731d, al. 1, en relation avec l'art. 716a, al. 1, ch. 2a).

Selon l'al. 2, 2^e phrase, la demande de modification du règlement de rémunération doit être remise par écrit à la société au plus tard 50 jours avant l'assemblée générale. Le délai doit permettre à la société d'intégrer en temps voulu les propositions dans les convocations, qui doivent ensuite être imprimées (le délai de convocation à l'assemblée générale est de 20 jours ; cf. art. 700, al. 1, CO). Si la date de l'assemblée générale n'a pas encore été fixée, les actionnaires désireux d'exercer leur droit de formuler des propositions doivent se renseigner auprès de la société. En tout état de cause, ils peuvent déjà soumettre des objets à inscrire à l'ordre du jour de la prochaine assemblée générale avant le délai légal. Les sociétés sont libres de prévoir un délai plus court dans leurs statuts, mais pas de le prolonger.

Aux termes de l'al. 3, le règlement de rémunération modifié est applicable en principe la première fois lors de l'assemblée générale qui suit son approbation. Par exemple, si la modification est approuvée par l'assemblée générale ordinaire d'avril 2011, le règlement de rémunération modifié est applicable la première fois seulement à la prochaine assemblée générale, soit en avril 2012. Cette règle dispositive garantit la sécurité du droit en évitant au conseil d'administration de devoir proposer l'approbation d'indemnités qui sont tributaires de décisions à prendre par l'assemblée générale au sujet du règlement de rémunération. D'éventuels problèmes de rétroactivité sont ainsi également écartés, car il est exclu que le règlement de rémunération modifié s'applique à des situations qui existaient avant son approbation, notamment pour ce qui est de l'indemnité supplémentaire, laquelle se rapporte toujours à l'exercice annuel écoulé dans le projet en question.

Par ailleurs, il y a lieu de noter que cette réglementation entraîne une application à retardement du nouveau règlement de rémunération. C'est pourquoi le projet prévoit

⁵⁰ FF 2008 1598

que l'assemblée générale peut également, par exemple, avancer la date à partir de laquelle le règlement modifié sera appliqué.

La disposition relative à la publication du règlement de rémunération s'inspire de l'art. 697h CO, qui porte sur la publication des comptes annuels et des comptes de groupe, mais elle tient compte des nouveaux moyens de communication. L'al. 4 spécifie en effet que, après l'approbation par l'assemblée générale, le règlement de rémunération 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.

Pour satisfaire à son obligation de remise du règlement, le conseil d'administration doit faire parvenir au requérant une version intégrale et actuelle du règlement de rémunération, dans sa forme imprimée. 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)⁵¹, l'obligation de remise peut être remplie par courrier électronique ou par une autre méthode de transmission des contenus basée sur Internet (par ex. un service *push mail*). Ce qui est déterminant, c'est que le requérant puisse accéder rapidement et gratuitement au règlement de rémunération dans sa forme intégrale et actuelle, et qu'il puisse l'imprimer.

Art. 731k (nouveau) Approbation des indemnités du conseil d'administration et du conseil consultatif

Bien que la loi ne le prévoie pas expressément, nul ne conteste aux membres du conseil d'administration le droit, fondé sur leurs rapports contractuels avec la société, de recevoir une indemnité.⁵² 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. S'agissant des tantièmes, qui sont fixés par l'assemblée générale (art. 698, al. 2, ch. 4, CO), les dispositions concernant leur attribution doivent figurer dans les statuts (art. 627, ch. 2, CO) et l'attribution elle-même est soumise à certaines conditions (art. 677 CO). Selon le droit en vigueur, des indemnités peuvent en revanche être accordées sans que les statuts le prévoient ; la doctrine veut que celles-ci soient fixées par le conseil d'administration, autant que les statuts n'en disposent pas autrement.⁵³ La tendance à rémunérer le conseil d'administration non plus au moyen de tantièmes, mais au moyen d'indemnités – pour les raisons évoquées plus haut –, a donc fait passer de l'assemblée générale au conseil d'administration la responsabilité de fixer les montants concernés. Comme le projet prévoit que l'assemblée générale se prononce sur l'approbation du montant global des indemnités du conseil d'administration, les sociétés cotées en bourse, à tout le moins, devraient rétablir la hiérarchie des compétences que connaissait à l'origine le droit de la société anonyme.⁵⁴

⁵¹ **RS 221.411**

⁵² Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 28 N 121.

⁵³ Eric Homburger, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 5b, Der Verwaltungsrat*, Zurich 1997, art. 717 N 947 ; Wolfhart Bürgi, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 5b/1, Rechte und Pflichten der Aktionäre*, Zurich 1957, art. 677 N 34.

⁵⁴ Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e éd., Zurich 2009, § 13 N 339p.

Aux termes de l'al. 1, l'assemblée générale des sociétés cotées en bourse se prononce annuellement sur l'approbation du montant global décidé par le conseil d'administration pour son indemnité de base (al. 1, ch. 1) et pour celle du conseil consultatif (al. 1, ch. 3), dans les deux cas pour la période allant jusqu'à la prochaine assemblée générale ordinaire. 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 conseil.

C'est sur la base du rapport de rémunération (art. 731f) que le conseil d'administration propose à l'assemblée générale ordinaire (art. 699, al. 2, CO) d'approuver le montant global des indemnités de base pour la période allant jusqu'à la prochaine assemblée générale ordinaire. 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 n'y a pas besoin de nouvelle approbation.

Approuver ou refuser le montant global de l'indemnité de base est un droit intransmissible de l'assemblée générale (art. 698, al. 2, ch. 4a). Bien qu'elle élise individuellement chaque membre du conseil d'administration (art. 710, al. 3), elle approuve uniquement le montant global des indemnités de base qui leur sont accordées. Le conseil d'administration garde ainsi une marge de manœuvre suffisante pour mettre en place la haute direction et déterminer son organisation interne. Il peut notamment modifier la composition de comités pendant la durée de 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 peuvent renoncer à leur nomination. Si le vote a déjà eu lieu, les personnes élues ont la possibilité de refuser leur élection.

Toujours selon l'al. 1, l'assemblée générale des sociétés cotées en bourse se prononce également sur l'approbation du montant global décidé par le conseil d'administration pour son éventuelle indemnité supplémentaire (al. 1, ch. 2) et pour celle du conseil consultatif (al. 1, ch. 4), dans les deux cas pour l'exercice annuel écoulé. L'indemnité supplémentaire comprend des éléments liés aux résultats et aux prestations. Comme il ne s'agit cependant pas, en règle générale, d'une distribution de parts de bénéfice au sens de l'art. 677 CO, elle est portée comme charge dans les comptes annuels, lesquels sont soumis au contrôle ordinaire de l'organe de révision. A noter que les indemnités de départ (art. 731g, al. 2, ch. 5) 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. 731k, al. 1, ch. 2 et 4, ne figurent, pour des raisons légales, dans les contrats entre les membres du conseil d'administration ou du conseil consultatif et la société que sous une forme conditionnelle, à confirmer ultérieurement.

C'est également sur la base du rapport de rémunération (art. 731f) que le conseil d'administration propose à l'assemblée générale ordinaire (art. 699, al. 2, CO) d'approuver le montant global des indemnités supplémentaires du conseil d'administration et du conseil consultatif pour l'exercice annuel écoulé.

Si l'assemblée générale ordinaire rejette la proposition du conseil d'administration concernant les indemnités supplémentaires, elle ne peut approuver les comptes annuels, ni déterminer l'emploi du bénéfice résultant du bilan (art. 698, al. 2, ch. 4,

CO). Elle ne peut pas non plus arrêter elle-même un montant inférieur. Le conseil d'administration doit alors revoir le rapport de gestion avant de le présenter à l'organe de révision pour le contrôle ordinaire.⁵⁵ Il doit en outre élaborer un nouveau rapport de rémunération (art. 731f ss) et proposer un nouveau montant global pour les indemnités supplémentaires, sur lequel les actionnaires se prononcent lors d'une deuxième assemblée générale. Celle-ci n'est pas une suite de la première, mais une nouvelle assemblée générale, convoquée selon toutes les dispositions légales applicables.⁵⁶

L'assemblée générale approuve uniquement le montant global décidé pour les indemnités de base et les indemnités supplémentaires du conseil d'administration et du conseil consultatif. Cette méthode permet d'éviter que ne soient prises contre l'un ou l'autre membre des conseils des mesures punitives qui ne se fonderaient pas sur des motifs objectifs. Il est cependant possible d'au moins s'informer, dans le rapport de rémunération (art. 731g ss), du montant total qui a été accordé à chacun des membres du conseil d'administration (art. 731h, al. 2, ch. 1) et du conseil consultatif (art. 731h, al. 2, ch. 3) pour l'exercice annuel écoulé.

Comme on peut le constater à la lecture du projet, les décisions d'approbation de l'assemblée générale se rapportent à deux périodes de référence différentes. L'indemnité de base est approuvée de manière prospective, soit pour la période allant jusqu'à la prochaine assemblée générale ordinaire (par ex. pour la période séparant l'assemblée générale ordinaire d'avril 2012 de celle d'avril 2013), tandis que l'indemnité supplémentaire est approuvée rétrospectivement, soit pour l'exercice annuel écoulé (par ex. lors de l'assemblée générale d'avril 2012 pour l'exercice du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2011). Cette distinction se justifie pour deux raisons : d'une part, parce qu'elle permet de garantir la sécurité du droit par rapport à l'indemnité de base (le conseil d'administration peut compter sur un montant fixe) ; d'autre part, parce que l'indemnité supplémentaire est souvent fixée en fonction de critères qui ont un lien avec l'exercice annuel écoulé (par ex. avec le résultat opérationnel ou le chiffre d'affaires).

L'al. 2 prévoit une règle spéciale pour le cas où l'assemblée générale n'approuve pas le montant global de l'indemnité de base pour le conseil d'administration ou le conseil consultatif. Si cela se produit, le règlement de rémunération adopté par l'assemblée générale peut prévoir 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 ordinaire. Cette règle garantit que les membres du conseil d'administration et du conseil consultatif ont une rémunération de base assurée.

Ainsi que le précise l'al. 3, l'approbation d'une décision par l'assemblée générale n'a aucune influence sur la responsabilité du conseil d'administration. Si le conseil d'administration porte la responsabilité causale d'une décision préjudiciable à la société et qu'il a agi intentionnellement, il doit répondre du dommage même si l'assemblée générale a approuvé sa décision.

⁵⁵ Brigitte Tanner, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 5b, Die Generalversammlung*, Zurich 2003, art. 698 N 122 ; Peter Forstmoser/Arthur Meie-Hayoz/Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 22 N 40.

⁵⁶ Wolfhart Bürgi, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 5b/2, Die Generalversammlung*, Zurich 1969, art. 698 CO N 54.

Conformément au droit en vigueur, le projet part du principe que le conseil d'administration fixe les indemnités accordées aux membres de la direction. Le conseil d'administration doit cependant soumettre pour approbation à l'assemblée générale le montant global qu'il a décidé de consacrer à ces indemnités. L'article concerné reprend les idées qui régissent l'art. 731k : le montant global de l'indemnité de base est approuvé de manière prospective, soit pour la période allant jusqu'à la prochaine assemblée générale ordinaire (al. 1, ch. 1), tandis que le montant global de l'indemnité supplémentaire est approuvé rétrospectivement, soit pour l'exercice annuel écoulé (al. 1, ch. 2).

L'art. 731l est une règle dispositive. Les actionnaires peuvent y déroger dans les statuts en prenant une décision conforme à l'art. 703 en relation avec l'art. 647 CO (cf. art. 627, ch. 15). En l'occurrence, il pourrait s'agir par exemple d'instaurer un vote consultatif de l'assemblée générale⁵⁷ ou de renoncer purement et simplement à l'approbation par l'assemblée générale, ce qui équivaldrait pour ainsi dire à une option de retrait. Le projet laisse donc le champ libre à des réglementations susceptibles de s'adapter aux particularités de chaque société.

Pour une meilleure sécurité du droit à l'égard des membres de la direction en ce qui concerne leurs indemnités, le règlement de rémunération, qui doit être approuvé par l'assemblée générale, peut prévoir par exemple une indemnité de base fixe pour chaque fonction. Si l'assemblée générale refuse d'approuver le montant global décidé pour l'indemnité de base des membres de la direction, ceux-ci peuvent (à condition de détenir des actions de la société) attaquer cette décision en justice (cf. art. 706, al. 1).

L'al. 2 prévoit une règle spéciale pour le cas où l'assemblée générale n'approuve pas le montant global de l'indemnité de base pour la direction. Si cela se produit, le règlement de rémunération adopté par l'assemblée générale peut prévoir 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 ordinaire. Cette règle garantit que les membres de la direction ont une rémunération de base assurée.

Les membres de la direction sont obligatoirement nommés par le conseil d'administration (art. 716a, al. 1, ch. 4); leur nomination n'est donc pas nécessairement liée à l'organisation d'une assemblée générale. Dès lors, l'approbation des indemnités de la direction par l'assemblée générale constitue un problème lorsque le conseil d'administration nomme de nouveaux membres de la direction entre deux assemblées générales. Pour les sociétés anonymes cotées en bourse, l'organisation d'une assemblée générale occasionne beaucoup de travail et coûte cher. De toute évidence, il serait excessif de convoquer une assemblée générale extraordinaire qui devrait uniquement se prononcer sur l'approbation de l'indemnité d'un nouveau membre de la direction. Par ailleurs, exclure totalement cette indemnité des nouvelles dispositions applicables en la matière irait à l'encontre des règles du gouvernement d'entreprise. Le projet propose donc un compromis à l'al. 3: lorsque le conseil d'administration nomme de nouveaux membres de la

⁵⁷ Cf. art. 731f du message additionnel du Conseil fédéral du 5 décembre 2008, FF 2009 309.

direction après que l'assemblée générale a approuvé les indemnités concernées, et que le montant global de l'indemnité de base déjà approuvé est insuffisant, la différence n'a pas besoin d'être approuvée a posteriori si les indemnités des nouveaux membres sont conformes au règlement de rémunération. Ainsi, cette disposition s'applique uniquement lorsque la nomination d'un nouveau membre de la direction provoque un dépassement du montant global de l'indemnité de base approuvé par l'assemblée générale. Dans un tel cas, il n'est pas nécessaire d'organiser une assemblée générale extraordinaire pour la période allant jusqu'à la prochaine assemblée générale ordinaire; par contre, les indemnités des nouveaux membres de la direction doivent être conformes au règlement de rémunération, qui a été lui aussi approuvé par l'assemblée générale.

Comme le précise l'al. 4, l'approbation d'une décision par l'assemblée générale n'a aucune influence sur la responsabilité du conseil d'administration.⁵⁸

3.1.5.6 Indemnités inadmissibles

Art. 704, al. 1 et 2 Décisions importantes

La phrase introductive de l'art. 704, al. 1, est adaptée à l'art. 703, le nombre de voix déterminant étant à l'avenir le nombre de votes exprimés. On supprime en outre l'adjectif « absolue » car, dans le cadre d'un vote sur un objet, il n'y a aucune différence entre la majorité absolue et la majorité simple.

Un ch. 9 est ajouté à l'al. 1: sera comptée comme décision importante (nécessitant les deux tiers des votes exprimés et la majorité des valeurs nominales) l'approbation des indemnités de départ et des indemnités anticipées dans une société cotée en bourse. Cet obstacle supplémentaire renforcera le caractère exceptionnel de ces types d'indemnités, en principe interdits (voir art. 731*m*, al. 1).

L'al. 2 précise que toute disposition statutaire qui doit être adoptée à la majorité qualifiée ne peut être supprimée qu'à la majorité qualifiée. Dans le cas contraire, les quorums statutaires adoptés pour protéger les actionnaires minoritaires pourraient être abrogés à la majorité simple, ce qui les viderait purement et simplement de leur substance.

Dans le cas des sociétés cotées en bourse ayant un grand nombre d'actions dispo, il peut arriver que les quorums statutaires qui ne se réfèrent pas au nombre de voix attribuées aux actions représentées à l'assemblée générale mais au capital-actions global ne puissent plus être atteints. Dans ce cas, il appartient au juge d'annuler la clause statutaire visée.⁵⁹

*Art. 731*m* (nouveau)* Indemnités inadmissibles

L'al. 1 interdit aux sociétés cotées en bourse de verser des indemnités de départ et des indemnités anticipées aux membres de leur conseil d'administration, de leur direction et de leur conseil consultatif.

⁵⁸ Cf. commentaire de l'art. 731*k*, al. 3.

⁵⁹ Voir ATF 117 II 290 ss, 314 s., fondé sur l'ancien droit de la société anonyme.

Ces deux types d'indemnités, en principe interdites, ne pourront plus être versés qu'exceptionnellement, deux conditions devant être réunies.

Premièrement, il faut que le versement de l'indemnité soit dans l'intérêt de la société (al. 2). Cette condition sera appréciée cas par cas. Il pourra s'agir par exemple, dans le cas d'une indemnité de départ, du règlement à l'amiable d'un différend avec un membre du conseil d'administration, de la direction ou du conseil consultatif.

Deuxièmement, l'assemblée générale doit approuver les exceptions proposées par le conseil d'administration, par une décision recueillant au moins les deux tiers des voix attribuées aux actions représentées et la majorité des valeurs nominales représentées (al. 3, en relation avec l'art. 704, al. 1, ch. 9).

Ces indemnités en principe non autorisées devront être mentionnées à part dans le rapport de rémunération, ce qui soulignera leur caractère exceptionnel (art. 731h, al. 2, ch. 4).

Les indemnités de départ seront en principe interdites parce qu'elles ont souvent été utilisées par le passé pour récompenser l'échec.⁶⁰ Elles ont parfois constitué des avantages non justifiés, sans récompenser leur bénéficiaire pour une prestation ni compenser un désavantage qu'il aurait subi.⁶¹ Il faut noter qu'il existe aujourd'hui des sociétés cotées en bourse qui interdisent les indemnités de départ.⁶²

Les indemnités anticipées doivent être distinguées des primes d'entrée visées à l'art. 731g, al. 2, ch. 5. Ces dernières sont une indemnité spéciale servant à inciter une personne à prendre un poste au conseil d'administration, à la direction ou au conseil consultatif. La notion d'indemnité anticipée, elle, se réfère non pas à un type de rémunération mais au moment du versement. L'interdiction de principe inscrite dans le projet vise à ce que les sociétés ne versent les indemnités qu'après que le bénéficiaire ait accompli une prestation. Cela correspond à la pratique du droit du travail fondée sur l'art. 323, al. 1, CO, selon laquelle les travailleurs doivent fournir leurs prestations avant d'être payés⁶³. Dans ce cas aussi, l'interdiction de principe devrait limiter les abus (aboutissant par ex. à un privilège injustifié accordé aux organes par rapport aux salariés en cas de faillite).

⁶⁰ Recommandation de la Commission du 30 avril 2009 complétant les recommandations 2004/913/CE et 2005/162/CE en ce qui concerne le régime de rémunération des administrateurs des sociétés cotées, c. 7.

⁶¹ Voir, pour les motifs possibles des indemnités de départ, la circulaire n° 1 de l'Administration fédérale des contributions du 3 octobre 2002 concernant l'impôt fédéral direct, p. 1.

⁶² Voir Banque cantonale bernoise SA, rapport de gestion 2009, p. 161.

⁶³ Manfred Rehinder, *Berner Kommentar*, VI 2/2/1, Berne 1985, Art. 323 OR n° 7; Rémy Wyler, *Droit du travail*, 2^e éd., Berne 2008, p. 190.

3.1.6 Dispositions transitoires

Art. 1 et 2

Règle générale

Adaptation des statuts et des règlements

Les dispositions transitoires du code civil (titre final CC) s'appliquent aussi au CO, sous réserve de dispositions contraires (art. 1, al. 1).

Les dispositions du projet s'appliqueront en principe dès leur entrée en vigueur à toutes les sociétés existantes (art. 1, al. 2). Les sociétés auront un délai transitoire de deux ans pour adapter leurs statuts et leurs règlements au nouveau droit (art. 2, al. 1).

La révision du droit des sociétés anonymes de 1991 prévoyait un délai transitoire de cinq ans. Cela ne s'est pas révélé judicieux car à force d'atermoiements les adaptations ont fini par être oubliées. La doctrine a jugé ce délai trop long, à juste titre.⁶⁴ Le délai de deux ans prévu par le projet est amplement suffisant pour une adaptation des statuts.

Si une société ne prend pas les mesures nécessaires à temps, les dispositions de ses statuts et de ses règlements qui ne seront pas conformes au nouveau droit au terme du délai transitoire seront nulles (art. 2, al. 2).

Art. 3

Indemnités dans les sociétés cotées en bourse

Les dispositions relatives à l'approbation du règlement de rémunération (art. 731j) et du montant global de l'indemnité de base des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (art. 731k, al. 1, ch. 1 et 3, et 731l, al. 1, ch. 1) s'appliqueront au plus tard à la première assemblée générale ordinaire (art. 699, al. 2, CO) tenue au moins six mois après l'entrée en vigueur du nouveau droit. Grâce à cette règle transitoire, les sociétés dont l'exercice ne coïncide pas avec l'année civile (par ex. celles du secteur énergétique) devront tout de même commencer d'appliquer les nouvelles dispositions en matière d'indemnités dans les quelques semaines suivant l'entrée en vigueur du nouveau droit (en admettant que le nouveau droit entrera en vigueur un 1^{er} janvier). Par ailleurs, il est clair que ces sociétés peuvent choisir de faire approuver par leur assemblée générale le règlement de rémunération et les indemnités de base des membres de son conseil d'administration, de sa direction et de son conseil consultatif avant le délai légal.

Quant aux dispositions relatives à l'approbation du montant global des indemnités supplémentaires des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (art. 731k, al. 1, ch. 2 et 4, et 731l, al. 1, ch. 2), elles s'appliqueront pour la première fois, selon l'al. 2, à l'exercice annuel qui suit l'entrée en vigueur du nouveau droit. Il s'agit d'éviter tout effet rétroactif sur des faits antérieurs à l'entrée en vigueur.

Les dispositions relatives au règlement de rémunération (art. 731d) et au rapport de rémunération (art. 731f ss) seront aussitôt applicables. Le conseil d'administration devra élaborer le règlement de rémunération dès l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, afin de le soumettre à l'approbation de l'assemblée générale. Il devra

⁶⁴ Voir Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 5 n° 72.

aussi établir un rapport de rémunération en vue de la première assemblée générale suivant l'entrée en vigueur du nouveau droit. Cette obligation s'applique sans délai, faute de quoi il y aurait un hiatus entre elle et l'actuelle obligation de publier les indemnités de l'art. 663b^{bis} CO.

Il faut relever que les contrats régis par l'ancien droit (c'est-à-dire les contrats de longue durée ou de durée indéterminée conclus avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions sur les indemnités) ne seront pas protégés. Les dispositions transitoires sont conçues de telle sorte qu'ils seront soumis au nouveau droit (art. 1, al. 2 des dispositions transitoires). Les en excepter reviendrait à reporter l'application des nouvelles dispositions de plusieurs années, voire plusieurs décennies.

Art. 4 Election d'un représentant indépendant

La convocation à l'assemblée générale des sociétés cotées en bourse devra comprendre le nom et l'adresse du représentant indépendant. Elle doit avoir lieu au moins 20 jours à l'avance.

Comme le projet supprime la représentation par un membre d'un organe ou par un dépositaire, toute société cotée en bourse devra avoir un représentant indépendant. Il n'est cependant pas possible de prévoir dans la loi que ce représentant indépendant doit être élu par l'assemblée générale, puisqu'il devra être connu au moins 20 jours avant la première assemblée générale suivant l'entrée en vigueur du nouveau droit. L'art. 4 des dispositions transitoires autorise donc le conseil d'administration des sociétés cotées en bourse à désigner exceptionnellement un représentant indépendant pour cette première assemblée, si l'assemblée générale n'en a pas déjà élu un.

3.2 Modification du droit en vigueur

3.2.1 Code de procédure civile⁶⁵

Art. 107, al. 1^{bis} (nouveau) Répartition en équité

La répartition des frais judiciaires en cas d'action touchant le droit des sociétés anonymes est régie exclusivement par le code de procédure civile (art. 104 ss CPC). Selon un principe classique du droit de la procédure civile, les frais sont répartis entre les parties dans la mesure où elles gagnent ou succombent (art. 106 CPC). Cette règle étant trop rigide dans certains cas, l'art. 107 CPC permet au tribunal de répartir les frais entre défendeur et demandeur en équité. Le CPC ne contient cependant pas de disposition permettant de mettre des frais à la charge de la société si celle-ci n'a pas le statut de partie.

Le projet d'art. 107, al. 1^{bis}, 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 ou le créancier demandeur supporte un risque financier considérable, bien qu'une issue

⁶⁵ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC; RO 2010 1739).

heureuse du procès profite directement 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 CO). Dans les autres litiges relevant du droit des sociétés, la société est elle-même partie, si bien que l'art. 107, al. 1, CPC est applicable.

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 des critères comme on l'avait fait à l'art. 756, al. 2, CO.

3.2.2 Code pénal⁶⁶

Art. 326^{quinquies} (nouveau) Infractions contre le règlement de rémunération

Cette nouvelle norme pénale, qui sanctionnera les infractions au règlement de rémunération des sociétés cotées en bourse, complète les instruments prévus par le droit des sociétés anonymes.

Elle vise uniquement les membres du conseil d'administration, ce qui se justifie si l'on pense qu'édicter le règlement de rémunération et veiller à sa bonne application font partie de leurs attributions intransmissibles et inaliénables.

Le but de cette norme pénale est de permettre de sanctionner les comportements qui ne relèvent pas déjà des infractions classiques du droit pénal telles que l'abus de confiance (art. 138 CP), la gestion déloyale (art. 158 CP), l'escroquerie (art. 146 CP) ou le faux dans les titres (art. 251 CP). Précisons que seules les infractions intentionnelles au règlement de rémunération sont visées (cf. art. 12, al. 1, en relation avec l'art. 104 CP).

Il faut que la société ait subi un dommage pécuniaire du fait de l'infraction. Ainsi, l'ampleur des actes punissables restera dans les limites du raisonnable. Il ne s'agit pas de punir toute infraction au règlement de rémunération (par ex. des propositions contraires au règlement, des travaux préparatoires, etc.) mais uniquement celles qui causent un dommage à la société.

Vu que le droit des sociétés anonymes est empreint des principes du droit privé et de l'économie privée et qu'il incombe au premier chef à la société et à ses actionnaires de décider s'ils veulent se défendre contre de tels actes et comment, la poursuite n'aura lieu que sur plainte. Le droit de porter plainte est réservé, logiquement, à la société et à ses actionnaires.

Les infractions au règlement de rémunération qui ne peuvent pas être qualifiées d'abus de confiance, de gestion déloyale, de faux dans les titres etc., présentent un degré d'illicéité inférieur à ces actes, si bien qu'elles seront considérées comme des contraventions et punies d'une amende allant jusqu'à 10 000 francs (art. 106, al. 1, CP).

⁶⁶ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP; RS 311.0).

3.2.3

Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité⁶⁷

Art. 71a (nouveau)

Exercice du droit de vote dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse

Les institutions de prévoyance suisses gèrent une fortune de 630 milliards de francs environ et détiennent au total environ 10 % des actions cotées en bourse en Suisse. En tant que grands investisseurs institutionnels, elles ont un rôle important en ce qui concerne l'exercice des droits des actionnaires. Cependant, elles restent souvent passives et n'exercent pas leurs droits de vote.

Afin de renforcer les décisions des assemblées générales, le projet crée une disposition à l'adresse des institutions de prévoyance⁶⁸. L'al. 1 prévoit que celles-ci sont tenues d'exercer leur droit de vote dans les sociétés suisses dont les actions sont cotées en bourse⁶⁹. Les institutions de prévoyance dont une partie des placements consiste en actions cotées en bourse seront donc obligées d'exercer les droits de vote correspondants. Elles pourront remplir elles-mêmes cette obligation ou en charger un représentant. L'exercice des droits de vote au sens de l'al. 1 comprend la possibilité de s'abstenir.

L'organe suprême de l'institution devra par conséquent définir les règles applicables à l'exercice des droits d'actionnaire⁷⁰. L'al. 2 précise à ce propos que l'exercice des droits de vote doit servir l'intérêt des bénéficiaires de l'institution de prévoyance.

Enfin, les institutions de prévoyance devront rendre publique la manière dont elles ont voté. Elles peuvent le faire par exemple en même temps qu'elles informent les assurés en application de l'art. 86b LPP.

4

Conséquences pour l'économie

Aux termes de son message du 5 décembre 2008, le Conseil fédéral craint que l'économie suisse ne perde de son attrait pour les sociétés anonymes cotées en bourse au cas où l'initiative populaire serait acceptée.⁷¹ Le présent projet va nettement plus loin que les propositions du Conseil fédéral et reprend, à de nombreux égards, les objectifs de l'initiative. Cependant, il s'en écarte sur quatre points essentiels :

- l'assemblée générale se prononce sur l'approbation du montant global des indemnités accordées aux membres de la direction, à moins que les statuts n'en disposent autrement (option de retrait) ;

⁶⁷ Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP; RS **831.40**).

⁶⁸ Pour la définition du terme d'« institution de prévoyance », voir les art. 48 ss LPP.

⁶⁹ L'Association suisse des institutions de prévoyance (ASIP) est en faveur de l'exercice des droits d'actionnaires par ses membres, qu'elle incite à jouer un rôle actif dans les sociétés; <http://www.asip.ch/themen/index.php?id=269&changeLanguage=2>.

⁷⁰ Art. 49a, al. 2, let. b, de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2; RS **831.441.1**).

⁷¹ FF **2009** 302.

- les indemnités de départ ou d'un autre type et les rémunérations anticipées à des membres des organes ne sont pas fondamentalement interdites, mais elles peuvent, dans l'intérêt de la société, être soumises à l'approbation d'une majorité qualifiée de l'assemblée générale ;
- les primes pour achats ou ventes d'entreprise à des membres des organes ne sont pas interdites, mais elles constituent des indemnités qui doivent être soumises à l'approbation de l'assemblée générale ;
- les violations du règlement de rémunération ne sont pas punies à titre de délit, mais à titre de contravention, poursuivie sur plainte et sanctionnée par une amende.

Il est vrai que le projet restreint la marge d'appréciation de l'organe qui fixe les indemnités de la direction dans les sociétés cotées en bourse. Ces limites sont toutefois nécessaires, en ce sens qu'elles renforcent les droits des actionnaires et contribuent, en fin de compte, à protéger les placements effectués dans les sociétés suisses cotées en bourse. Ainsi, le projet ne porte pas atteinte à la place économique suisse, puisqu'il instaure une sécurité juridique grâce à des règles claires et que, de cette manière, il permet d'accroître la confiance des investisseurs suisses et étrangers dans la place financière suisse.

5 Rapports avec le droit européen

La Suisse n'est partie à aucun traité international qui l'obligerait à transposer le droit dérivé de l'Union européenne (UE) dans la législation fédérale sur les sociétés. Le présent projet ne s'oppose donc à aucun engagement international pris envers l'UE.

Pour ce qui est de la directive 2007/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées⁷², qui règle notamment la possibilité de participer aux assemblées générales par voie électronique ainsi que l'exercice du droit de vote et le vote par procuration, il est renvoyé aux explications données dans le message du Conseil fédéral du 21 décembre 2007.⁷³

Actuellement, il n'existe aucune directive ou ordonnance de l'UE concernant la politique de rémunération au sein des sociétés cotées en bourse qui doit impérativement être appliquée par les Etats membres. Néanmoins, la Commission européenne a émis quatre recommandations à ce sujet :

- la recommandation 2004/913/CE du 14 décembre 2004 encourageant la mise en œuvre d'un régime approprié de rémunération des administrateurs des sociétés cotées ;⁷⁴
- la recommandation 2005/162/CE du 15 février 2005 concernant le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance des

⁷² JO L 184 du 14.7.2007, p. 17, disponible sur Internet à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/JOIndex.do?ihmlang=fr>.

⁷³ FF **2008** 1407, 1448 s.

⁷⁴ JO L 385 du 29.12.2004, p. 55. Cf. aussi FF **2008** 1407, 1450.

sociétés cotées et les comités du conseil d'administration ou de surveillance ;⁷⁵

- la recommandation 2009/385/CE du 30 avril 2009 complétant les recommandations 2004/913/CE et 2005/162/CE en ce qui concerne le régime de rémunération des administrateurs des sociétés cotées ;⁷⁶
- la recommandation 2009/384/CE du 30 avril 2009 sur les politiques de rémunération dans le secteur des services financiers.⁷⁷

La recommandation 2004/913/CE prévoit notamment ce qui suit :

- Chaque société cotée devrait publier une déclaration sur sa politique de rémunération (la déclaration sur les rémunérations). Cette déclaration devrait faire partie intégrante d'un rapport autonome sur les rémunérations ou figurer dans les comptes annuels et le rapport de gestion de la société ou dans l'annexe de ses comptes annuels.
- La déclaration sur les rémunérations devrait porter principalement sur la politique de la société en matière de rémunération de ses administrateurs au cours de l'exercice suivant et, le cas échéant, des exercices ultérieurs, et comprendre une explication de l'importance relative des composantes variables et non variables de cette rémunération. Elle devrait expliquer en outre la politique de la société en matière de contrats d'emploi des administrateurs gestionnaires (durée de ces contrats, délai de préavis applicable, indemnités de fin de contrat, etc.).
- La déclaration sur les rémunérations devrait être soumise au vote de l'assemblée générale annuelle des actionnaires – ce vote pouvant être à caractère obligatoire ou consultatif.
- Le détail des rémunérations individuelles totales et des autres émoluments des administrateurs devrait être publié dans les comptes annuels ou dans l'annexe de ceux-ci ou, le cas échéant, dans le rapport sur les rémunérations ; la rémunération et les émoluments reçus d'entreprises appartenant au même groupe devraient également être indiqués.
- Les régimes prévoyant une rémunération basée sur des actions devraient être approuvés par l'assemblée générale annuelle avant d'être adoptés. Toute modification substantielle des conditions de ces régimes devrait également être soumise à l'approbation préalable de l'assemblée générale annuelle.

La recommandation 2009/385/CE complète la recommandation 2004/913/CE en cela qu'elle apporte notamment des précisions sur les composantes variables de la rémunération et sur la rémunération basée sur des actions. Ainsi, les sociétés devraient plafonner les composantes variables de la rémunération et pouvoir demander leur restitution lorsqu'elles ont été versées sur la base de données qui se révèlent par la suite manifestement erronées. En outre, le versement de certaines composantes variables de la rémunération devrait être différé pendant trois ans. Par ailleurs, la déclaration sur les rémunérations devrait contenir une explication de la manière dont le choix des critères de performance contribue aux intérêts à long

⁷⁵ JO L 52 du 15.2.2005, p. 51. Cf. aussi FF **2008** 1407, 1449.

⁷⁶ JO L 120 du 15.5.2009, p. 28.

⁷⁷ JO L 120 du 15.5.2009, p. 22.

terme de la société. Quant aux indemnités de fin de contrat, elles ne devraient pas dépasser un montant fixé ou un nombre déterminé d'années de rémunération annuelle (qui ne devrait généralement pas dépasser deux années de la composante non variable de la rémunération).

La recommandation 2009/384/CE complète la recommandation 2004/913/CE dans le domaine spécifique des services financiers et va dans le même sens que la recommandation 2009/385/CE, qui pour sa part ne concerne aucun secteur en particulier. Elle est déterminante pour tout ce qui touche aux principes de rémunération des catégories de personnel dont les activités professionnelles ont une incidence matérielle sur le profil de risque de l'entreprise financière. Aux termes de cette recommandation, la politique de rémunération devrait par exemple prévoir des procédures claires et documentées, s'aligner sur les intérêts à long terme de l'entreprise financière et ne pas encourager une prise de risque excessive. En outre, les indemnités contractuelles versées à la suite de la résiliation anticipée d'un contrat devraient correspondre à des performances effectives et être conçues de manière à ne pas récompenser l'échec. Enfin, l'entreprise financière devrait être en mesure de retenir des primes lorsque sa situation se détériore de façon sensible, en particulier lorsque des doutes naissent sur sa capacité présente ou future de poursuivre normalement ses activités.

La recommandation 2005/162/CE invite les Etats membres à prendre les mesures nécessaires pour introduire au niveau national, soit par une approche du type « se conformer ou s'expliquer », soit par voie législative, et au moyen des instruments les mieux adaptés à leur environnement juridique, une série de dispositions relatives au rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance, ainsi qu'aux comités du conseil d'administration ou de surveillance, à l'intention des sociétés cotées. La recommandation 2005/162/CE préconise en outre la création d'un comité de rémunération, qui devrait se composer exclusivement d'administrateurs non exécutifs et dont la majorité au moins des membres devraient être indépendants.

Dans sa déclaration publique relative aux grands principes qui doivent régir la rémunération des dirigeants d'entreprises, du 24 mars 2009, le forum européen du gouvernement d'entreprise énonce que les indemnités de licenciement des dirigeants d'entreprises doivent être limitées à deux années de salaire annuel et ne doivent pas être versées en cas de licenciement pour faible niveau de performances. Il ajoute que la rémunération variable doit être liée à des facteurs représentant le développement réel d'une société et la création réelle de richesses pour la société et ses actionnaires.⁷⁸

Le présent projet correspond sur plusieurs points aux critères prônés par la recommandation 2004/913/CE et aux compléments apportés par les

⁷⁸ Le forum a été institué en 2004 par la Commission européenne (décision 2004/706/CE de la Commission du 15 octobre 2004 instituant le forum européen du gouvernement d'entreprise, JO L 321 du 22.10.2004, p. 53). Le forum est chargé d'examiner les meilleures pratiques dans les Etats membres en vue d'encourager la convergence des codes nationaux de gouvernement d'entreprise et de conseiller la Commission, à la demande de cette dernière ou sur la propre initiative du forum, sur des questions stratégiques en matière de gouvernement d'entreprise. Les déclarations et les rapports annuels du forum sont disponibles sur Internet à l'adresse : http://ec.europa.eu/internal_market/company/ecgforum/index_fr.htm.

recommandations 2009/384/CE et 2009/385/CE⁷⁹ (spécialement en ce qui concerne les éléments suivants : règlement de rémunération soumis à l'approbation de l'assemblée générale, comprenant notamment des données sur les contrats ; rapport de rémunération portant sur les indemnités effectivement prévues/allouées ; détermination des indemnités tenant compte de la situation économique de l'entreprise ou de sa prospérité à long terme et des activités, performances et responsabilités des bénéficiaires ; restrictions applicables aux indemnités de départ ; possibilité de demander la restitution des indemnités perçues de façon injustifiée). Pour ce qui est des dispositions pénales et de l'approbation par l'assemblée générale des indemnités, y compris les indemnités de départ et les rémunérations anticipées, le projet va en revanche plus loin que les recommandations précitées. Par contre, il n'impose pas aux sociétés l'institution d'un comité de rémunération issu du conseil d'administration et ne leur prescrit pas de plafonds applicables aux indemnités de départ ou aux composantes variables de la rémunération, ni de délais relatifs à la rémunération basée sur des actions.

6 Bases légales

6.1 Constitutionnalité

Le projet de loi se fonde sur l'art. 122, al. 1, de la Constitution (Cst.)⁸⁰, en vertu duquel la législation en matière de droit et de procédure civils relève de la compétence de la Confédération, sur l'art. 123, al. 1, Cst., qui donne à la Confédération la compétence de légiférer dans le domaine du droit pénal et de la procédure pénale et sur l'art. 113, al. 1, Cst., qui attribue à la Confédération la compétence de légiférer sur la prévoyance professionnelle.

6.2 Forme de l'acte

Les bases constitutionnelles en vigueur sont suffisantes pour permettre la mise en oeuvre des modifications législatives préconisées⁸¹. La commission estime que des dispositions d'une telle précision ne devraient pas être intégrées dans la Constitution pour des raisons politiques, comme le prévoient l'initiative populaire et le contre-projet direct. C'est pourquoi elle propose que ces dispositions soient édictées sous la forme d'une loi fédérale.

⁷⁹ Au sujet de la mise en oeuvre par les Etats membres, cf. le rapport sur la mise en oeuvre, par les Etats membres de l'UE, de la recommandation 2009/385/CE de la Commission complétant les recommandations 2004/913/CE et 2005/162/CE en ce qui concerne le régime de rémunération des administrateurs des sociétés cotées, COM (2010) 285, disponible sur Internet à l'adresse : http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/directors-remun/com-2010-285-2_fr.pdf.

⁸⁰ RS 101

⁸¹ Cf. ch. 6.1

Tableau synoptique

Présentation comparative de l'initiative populaire « contre les rémunérations abusives » et du contre-projet indirect de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 25 octobre 2010

	Exigence de l'initiative ⁸²	Exigence satisfaite par le contre-projet indirect?	Dispositions pertinentes du contre-projet indirect
1.	L'assemblée générale se prononce annuellement sur le montant global des indemnités du conseil d'administration.	Oui	Art. 731k, al. 1, projet CO (P CO)
2.	L'assemblée générale se prononce annuellement sur le montant global des indemnités de la direction.	Oui, à moins que les statuts en disposent autrement	Art. 731l, al. 1, P CO
3.	L'assemblée générale se prononce annuellement sur le montant global des indemnités du conseil consultatif.	Oui	Art. 731k, al. 1, P CO

⁸² Les exigences de l'initiative populaire ne concernent que les sociétés cotées en bourse.

	Exigence de l'initiative⁸²	Exigence satisfaite par le contre-projet indirect?	Dispositions pertinentes du contre-projet indirect
4.	L'assemblée générale élit annuellement et individuellement les membres du conseil d'administration.	Élection annuelle: oui, sauf disposition contraire des statuts Élection individuelle: oui	Art. 710, al. 1 et 3, P CO
5.	L'assemblée générale élit annuellement le président du conseil d'administration.	Élection par l'assemblée générale: oui (mais: les statuts peuvent prévoir que le conseil d'administration élit son président.) Annuellement: oui, sauf disposition contraire des statuts	Art. 712, al. 1, et art. 710, al. 1, P CO
6.	L'assemblée générale élit annuellement les membres du comité de rémunération.	Pas de disposition	-
7.	L'assemblée générale élit annuellement les représentants indépendants du droit de vote.	Élection par l'assemblée générale: oui Élection annuelle: Oui, désignation lors de l'assemblée générale en vue de la prochaine assemblée générale	Art. 689c, al. 1, P CO
8.	La représentation du droit de vote d'organes est interdite.	Oui	Art. 689c, al. 5, P CO

	Exigence de l'initiative⁸²	Exigence satisfaite par le contre-projet indirect?	Dispositions pertinentes du contre-projet indirect
9.	La représentation du droit de vote d'actions en dépôt est interdite.	Oui	Art. 689c, al. 5, P CO
10.	Les actionnaires peuvent voter à distance par voie électronique.	Oui	Art. 701a – 701d P CO
11.	Les caisses de pension votent dans l'intérêt de leurs assurés.	Oui (« dans l'intérêt des bénéficiaires »)	Art. 71a, al. 1 et 2, projet loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (P LPP)
12.	Les caisses de pension divulguent le contenu de leur vote.	Oui	Art. 71a, al. 3, P LPP
13.	Les statuts règlent les plans de bonus et de participation des membres des organes.	En principe oui (à régler dans le <i>règlement de rémunération</i> , qui est soumis à l'approbation de l'assemblée générale)	Art. 731d, al. 2, ch. 3, et art. 731j, al. 1, P CO
14.	Les statuts règlent le nombre de mandats externes des membres des organes.	Non, mais obligation de rendre les mandats publics	Art. 731h, al. 3, P CO
15.	Les statuts règlent le montant des rentes touchées par les membres des organes.	En principe oui (à régler dans le <i>règlement de rémunération</i> , qui est soumis à l'approbation de l'assemblée générale)	Art. 731d, al. 2, ch. 7, et art. 731j, al. 1, P CO

	Exigence de l'initiative⁸²	Exigence satisfaite par le contre-projet indirect?	Dispositions pertinentes du contre-projet indirect
16.	Les statuts règlent le montant des crédits octroyés aux membres des organes.	Non, mais obligation de rendre les crédits publics	Art. 731h, al. 1 et 2, P CO
17.	Les statuts règlent le montant des prêts accordés aux membres des organes.	Non, mais obligation de rendre les prêts publics	Art. 731h, al. 1, P CO
18.	Les statuts règlent la durée des contrats de travail des membres de la direction.	En principe oui (à régler dans le <i>règlement de rémunération</i> , qui est soumis à l'approbation de l'assemblée générale)	Art. 731d, al. 2, ch. 4, et art. 731j, al. 1, P CO
19.	Les membres des organes ne perçoivent aucune indemnité, de départ ou autre.	En principe oui	Art. 731m, al. 1, P CO
20.	Les membres des organes ne reçoivent aucune rémunération anticipée.	En principe oui	Art. 731m, al. 1, P CO
21.	Les membres des organes ne reçoivent aucune prime lors de la vente ou de l'achat de sociétés.	Non, mais les primes sont des indemnités, qui doivent être approuvées par l'assemblée générale	Art. 731g, al. 2, et art. 731k et 731l P CO
22.	Les membres des organes ne peuvent conclure aucun contrat de conseil ou de travail avec une autre société du groupe.	Pas de disposition	-

	Exigence de l'initiative⁸²	Exigence satisfaite par le contre-projet indirect?	Dispositions pertinentes du contre-projet indirect
23.	La direction de la société ne peut pas être déléguée à une autre personne morale.	Pas de disposition	-
24.	Les violations des dispositions de l'initiative sont punies d'une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à 3 ans et d'une peine amende jusqu'à concurrence de 6 années de salaire (indemnités annuelles).	Nouvelle disposition pénale: Infractions contre le règlement de rémunération	Art. 326 ^{quinquies} projet code pénal

Dispositions supplémentaires (ne figurant pas dans l'initiative populaire) du contre-projet indirect de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États:

		Dispositions pertinentes du contre-projet indirect
1.	Reformulation de la disposition sur l'action en restitution des prestations indûment perçues afin d'en améliorer l'efficacité	Art. 678 P CO Art. 107, al. 1 ^{bis} , projet code de procédure civile
2.	Dispositions relatives aux bonifications et à leur versement en fonction de la prospérité de l'entreprise à long terme	Art. 731d, al. 2, ch. 3 et 5, et al. 3, P CO Art. 731e P CO

3.	Concrétisation du devoir de diligence et de fidélité des membres du conseil d'administration et des personnes qui s'occupent de la gestion en rapport avec la fixation des indemnités	Art. 731e P CO
4.	Élargissement des avis obligatoires de l'organe de révision au sujet des violations du règlement de rémunération	Art. 728c, al. 1 et 2 ^{bis} , P CO

Index des dispositions légales

Art. 627, ch. 15 (nouveau)	28
Art. 663 ^{bis} (cf. art. 731g, 731h et 731i)	27
Art. 678	7
Art. 689, al. 2	12
Art. 689a, al. 1 ^{bis} (nouveau)	15
Art. 689c	12
Art. 689d	13
Art. 689e, al. 1, 1 ^{re} phrase, et al. 2, 1 ^{re} phrase	14
Art. 693, al. 3, ch. 5 (nouveau)	9
Art. 698, al. 2, ch. 2a (nouveau)	14
Art. 698, al. 2, ch. 4a (nouveau)	28
Art. 700	15
Art. 701a (nouveau)	16
Art. 701b (nouveau)	17
Art. 701c (nouveau)	17
Art. 701d (nouveau)	17
Art. 702, al. 2 et 3	14
Art. 703	15
Art. 704, al. 1 et 2	36
Art. 706, al. 1	28
Art. 710	18
Art. 712	19
Art. 716a, al. 1, ch. 2a (nouveau)	22
Art. 716a, al. 1, ch. 4	29
Art. 728a, al. 1, ch. 4 (nouveau)	25
Art. 728c, al. 1 et 2 ^{bis} (nouveau)	30
Art. 731c (nouveau)	19
Art. 731d (nouveau)	22
Art. 731e (nouveau)	20
Art. 731f (nouveau)	25
Art. 731g (nouveau)	27
Art. 731h (nouveau)	27
Art. 731i (nouveau)	27

Art. 731j (nouveau)	30
Art. 731k (nouveau)	32
Art. 731l (nouveau)	35
Art. 731m (nouveau)	36
Art. 756, al. 2	10
Art. 1 P Dispositions transitoires	38
Art. 2 P Dispositions transitoires	38
Art. 3 P Dispositions transitoires	38
Art. 4 P Dispositions transitoires	39
Art. 107, al. 1 ^{bis} (nouveau) P CPC	39
Art. 326 ^{quinquies} (nouveau) P CP	40
Art. 71a (nouveau) P LPP	41

Table des matières

1 Genèse du projet	3
1.1 Contexte politique	3
1.2 Initiative parlementaire	4
1.3 Travaux de la commission et de la sous-commission	4
2 Grandes lignes du projet	5
3 Commentaire article par article	7
3.1 Code des obligations	7
3.1.1 Action en restitution des prestations perçues indûment	7
3.1.2 Représentation à l'assemblée générale	10
3.1.3 Modernisation de l'assemblée générale	15
3.1.4 Election du conseil d'administration	18
3.1.5 Réglementation concernant les indemnités	19
3.1.5.1 Champ d'application	19
3.1.5.2 Devoir de diligence lors de la détermination du montant des indemnités	20
3.1.5.3 Règlement de rémunération	22
3.1.5.4 Rapport de rémunération	25
3.1.5.5 Approbation par l'assemblée générale	28
3.1.5.6 Indemnités inadmissibles	36
3.1.6 Dispositions transitoires	38
3.2 Modification du droit en vigueur	39
3.2.1 Code de procédure civile	39
3.2.2 Code pénal	40
3.2.3 Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité	41
4 Conséquences pour l'économie	41
5 Rapports avec le droit européen	42
6 Bases légales	45
6.1 Constitutionnalité	45
6.2 Forme de l'acte	45
Annexe	...
Code des obligations (Indemnités dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse et autres modifications du droit de la société anonyme) (projet)	...