

Rapport intermédiaire sur le gouvernement d'entreprise

Mise en œuvre réussie du Code suisse de bonne pratique

8 novembre 2004

Numéro 42/2

dossierpolitique

Nette amélioration du « gouvernement d'entreprise » en Suisse

Le « Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise » et la directive sur la transparence de la SWX (Bourse suisse) constituent des recommandations claires et de niveau élevé, fondées sur des normes internationales. Un bilan s'impose deux ans après leur entrée en vigueur. Les rapports annuels 2002 et 2003 des entreprises montrent que celles-ci ont multiplié les efforts dans le domaine du « corporate governance », efforts qui se sont traduits par des améliorations importantes. Mais les discussions continuent : le Sarbanes-Oxley Act américain a également des conséquences pour notre pays, l'OCDE a revu ses recommandations, l'UE aspire à une harmonisation des réglementations nationales et en Suisse, le Conseil fédéral intervient dans ce domaine jusqu'ici autorégulé. Le gouvernement d'entreprise n'est cependant pas la panacée. S'il permet d'améliorer la gouvernance d'entreprise, il ne peut garantir le succès d'une entreprise. Le succès s'obtient sur le marché, où les entreprises se mesurent à la concurrence.

Environnement et contexte

Il est rare qu'un terme juridique fasse la une des journaux. Des faillites retentissantes à l'étranger comme en Suisse et des rémunérations d'une hauteur sans précédent ont contribué à introduire le terme de « gouvernement d'entreprise »¹ dans les débats publics en un temps record. Des démarches ont également eu lieu sur le plan politique. En Suisse, de nombreuses interventions parlementaires ont porté sur ce thème. Toutes ces propositions ont en commun le souci d'améliorer le niveau de transparence. Pour sa part, le Conseil fédéral a confié des mandats à plusieurs experts, dont les résultats devraient être mis en œuvre de manière progressive via des adaptations législatives.

A l'étranger, plusieurs rapports ont été publiés (notamment les rapports de l'UE du groupe d'experts de M. Winter), des réglementations édictées ou renforcées et des lois adoptées (en particulier le Sarbanes-Oxley Act aux Etats-Unis). Notons cependant qu'au niveau international, les dernières nouveautés en matière de gouvernement d'entreprise ne prennent généralement pas la forme de textes légaux, mais de codes et de recommandations. Sur ces questions d'organisation, l'élaboration par l'Etat d'un carcan rigide serait déplacée et contre-productive.

Les fondements de l'idée du gouvernement d'entreprise remontent à la théorie sur la séparation

des pouvoirs de Montesquieu et à la théorie de l'agence de A. A. Berle². En vigueur depuis 1991, le droit des sociétés anonymes traite dans trois articles centraux (CO articles 716a, 716b et 717) et sous une forme moderne ces exigences d'équilibre des pouvoirs, à savoir la responsabilité propre et clairement définie du conseil d'administration, la reddition des comptes internes et le respect de l'obligation de bonne foi. Ainsi, le droit suisse en vigueur contient déjà, formulées de manière concise, une grande partie des règles nécessaires au gouvernement d'entreprise. Il faut toutefois préciser que les conséquences sur la pratique du droit des sociétés anonymes ont été sous-estimées durant les premières années. Cette mise en œuvre hésitante a encore été freinée par un droit des sociétés anonymes d'une application très étendue, car destiné aux entreprises de toute taille. Les sociétés ouvertes au public affrontent les problèmes de conformité aux principes du gouvernement d'entreprise non seulement du fait de leur cotation dans telle ou telle Bourse étrangère, mais aussi et surtout par le biais des investisseurs internationaux. Lors de l'harmonisation des réglementations, on ne tient, en règle générale, pas suffisamment compte des différences entre les cadres juridiques nationaux ni de l'inégalité des structures de contrôle.

¹ Le « Code suisse » définit le terme de « gouvernement d'entreprise » comme suit : « Le gouvernement d'entreprise désigne l'ensemble des principes qui, tout en maintenant la capacité de décision et l'efficacité, visent à instaurer au plus haut niveau de l'entreprise, dans l'intérêt des actionnaires, la transparence et un rapport équilibré entre les tâches de direction et de contrôle. »

² Cf. Prof. Peter Böckli, « Schweizer Aktienrecht », 3.A. Zurich 2004, IS 1755, § 14 N. 16ss.

Le droit des sociétés : un facteur important pour un site économique

Le droit des sociétés et son application pratique sont des facteurs déterminants de la compétitivité d'un site économique. Ainsi, il faut concentrer tous les efforts sur la création d'avantages comparatifs. Les révisions motivées par des considérations dogmatiques ou un souci d'harmonisation ne doivent ni ne peuvent être prioritaires. « Pour rester compétitive au plan international, la Suisse doit absolument proposer aux entreprises des instruments globalement plus flexibles et moins coûteux. Le bon fonctionnement des marchés implique toutefois un effort de transparence de la part des entreprises, effort qui ne doit pas se traduire pour autant par des charges disproportionnées. C'est à cette aune que doivent être évalués tous les projets relatifs au droit des sociétés. »³

Autorégulation active

Un bon gouvernement d'entreprise renforce la confiance des investisseurs dans l'entreprise. Deux textes sont en vigueur en Suisse depuis début juillet 2002 : la directive SWX concernant les informations relatives au Corporate Governance publiée par la Bourse suisse (directive SWX sur la transparence) ainsi que le Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise d'economiesuisse⁴. Si la directive SWX exige de manière contraignante des informations sur certains aspects du gouvernement d'entreprise des sociétés cotées à la Bourse suisse, le Code suisse présente des recommandations adressées à toutes les sociétés ouvertes au public. Mais, tant la directive SWX que le Code suisse s'appuient sur le rapport de Karl Hofstetter intitulé « Le gouvernement d'entreprise en Suisse »⁵.

Grâce à ces textes, la Suisse satisfait aujourd'hui à des normes internationales élevées en matière de gouvernement d'entreprise. Le Code suisse est l'œuvre

Comité de travail chargé de l'élaboration du Code suisse

Prof. Peter Böckli, avocat, membre notamment du conseil d'administration de Nestlé (« Audit Committee ») et de UBS (vice-président indépendant) – auteur du présent Code.

Prof. Karl Hofstetter, Université de Zurich, General Council/membre de la direction du groupe Schindler Holding SA, auteur du rapport analytique

Thomas Hodler, secrétaire général de Swiss Re

Richard T. Meier, SWX Swiss Exchange, responsable de projet pour la directive concernant les informations relatives au Corporate Governance

Christian Stiefel, porte-parole, secrétariat de Industrie-Holding, Groupement de Holdings Industrielles Suisses

et ponctuellement **Thomas Pletscher**, membre de la direction d'economiesuisse et responsable du groupe d'experts

d'un groupe d'experts, et de son comité de travail⁶ chargé de rédiger les textes, qui a notamment intégré les résultats d'une vaste consultation. L'auteur du Code suisse est economiesuisse, la Fédération des entreprises suisses, qui regroupe des entreprises de toutes les branches et de toutes tailles. D'autres organisations suisses, qui, dans le cadre de leurs activités, s'intéressent de près au thème du gouvernement d'entreprise, soutiennent le Code suisse de bonne pratique et assurent le suivi.

La mise en œuvre des prescriptions de Bâle II accroît aussi les exigences en termes de structure et de processus envers les sociétés non cotées.

Important pour toutes les entreprises

Le Code suisse se veut un recueil de recommandations adressées aux sociétés suisses ouvertes au public. Des adaptations ou simplifications sont suggérées en fonction de la taille et de la structure de l'entreprise – par exemple pour les filiales cotées en Bourse d'un groupe. Bon nombre des principes qu'il contient exercent aussi un effet d'incitation pratique non

³ economiesuisse, politique économique suisse 2001

⁴ Publication disponible en français, en allemand et en anglais auprès d'economiesuisse et accessible en format électronique à l'adresse www.economiesuisse.ch

⁵ Karl Hofstetter, « Le gouvernement d'entreprise en Suisse », Zurich 2002, disponible auprès d'economiesuisse, Hegibachstrasse 47, 8032 Zurich en français, en allemand et en anglais (www.economiesuisse.ch)

⁶ Cf. encadré ci-dessus

négligeable vis-à-vis des sociétés familiales par actions non cotées, grandes et moyennes, aux titres souvent très diversifiés. Les problèmes que ces sociétés doivent résoudre sont légèrement différents. Ainsi, dans ces entreprises, la planification de la succession joue souvent un rôle plus important que les relations institutionnalisées avec les actionnaires.

Pourtant, ce sont surtout les sociétés et organisations non cotées, importantes sur le plan économique, qui peuvent puiser des idées intéressantes dans le Code suisse, par exemple en ce qui concerne l'organisation des organes de direction et la gestion des conflits d'intérêts. La mise en œuvre des prescriptions de Bâle II accroît aussi les exigences en termes de structure et de processus envers les sociétés non cotées. Les banques suisses mènent déjà une politique axée sur le risque pour l'octroi de crédits. Diverses demandes en ce qui concerne l'élaboration d'un code destiné aux PME ont également été formulées. Economiesuisse se penchera sur cette question en veillant à se fier d'abord aux besoins des entreprises et ensuite seulement aux recommandations de conseillers.

Code et directive SWX forment un tout

Le Code suisse et la directive SWX Swiss Exchange forment un tout et énoncent des exigences concrètes relatives à l'élaboration des rapports annuels des entreprises en vue d'appliquer les principes du gouvernement d'entreprise. La directive se fonde sur la loi fédérale sur les bourses, ce qui la rend juridiquement contraignante. Il en ressort que les entreprises sont également tenues de publier les indemnités directes ou indirectes (y compris les indemnités de départ) versées aux membres du conseil d'administration et de la direction générale. Pour toutes les informations, excepté celles sur la rémunération et les prêts accordés à des organes de direction, il convient d'appliquer le principe « comply or explain », un principe modéré. Le respect de la directive SWX fait l'objet d'une surveillance par les organes de cotation et, le cas échéant, de sanctions. La révision du droit des obligations proposée par le Conseil fédéral en vue de la publication de la rémunération des membres du conseil d'administration et de la direction règle les mêmes questions. Si elle devait être adoptée, l'autorégulation devrait être abolie ou sensiblement adaptée.

Analyses en vue de la mise en œuvre de la directive SWX

La réglementation elle-même n'est pas le seul élément important, sa mise en œuvre dans les entreprises l'est aussi. Malgré le peu de recul, différentes études ont été réalisées. La majorité d'entre elles ont énoncé leurs propres exigences en termes de gouvernement d'entreprise et ne se sont donc pas fondées sur les règles suisses. Cela entrave considérablement la comparabilité des résultats. Partant, les évaluations apparaissent très subjectives.

Une étude de l'Institut de comptabilité de contrôle de l'Université de Zurich commandée par SWX⁷ a d'ores et déjà donné une bonne note aux entreprises suisses pour la mise en œuvre de la directive sur la transparence. Cette analyse est exhaustive et ses résultats présentés avec précision. Ses principaux enseignements, qui concernent l'obligation de faire rapport, sont résumés de la manière suivante :

- Le taux moyen de mise en œuvre pour les 265 entreprises se situe à 85% ; 110 sociétés atteignent un taux de mise en œuvre de 90% et plus.
- Les renseignements exigés sur les chapitres « Structure du groupe et actionariat » et « Politique d'information » obtiennent les plus mauvais taux de mise en œuvre, avec respectivement 74 et 81%. Les meilleurs taux ressortent pour les chapitres « Organe de révision » (95%), « Prise de contrôle et mesures de défense » (92%), « Rémunérations, participations et prêts » (91%) et « Conseil d'administration » (91%).
- Une analyse individuelle des entreprises montre que 245 d'entre elles atteignent des taux supérieurs à 70% tandis que 11 présentent des taux inférieurs à 50%.
- Les taux de mise en œuvre sont particulièrement élevés pour les sociétés du SMI avec une moyenne de 92%. Les dix meilleures sociétés du SMI enregistrent un taux de 96%.
- A l'exception du chapitre « Rémunérations, participations et prêts », les informations sont soumises au principe « comply or explain ». La clause « explain » n'a cependant été utilisée que deux fois.

⁷ Accessible à l'adresse :

http://www.swx.com/admission/studie_corporate_governance.pdf

Analyse relative à la mise en œuvre du Code suisse

Contrairement à la directive SWX, le Code suisse ne donne pas d'indications sur la présentation des comptes, mais définit des objectifs en matière de structures et de processus. C'est sur la base de ses propres analyses qu'economiesuisse examine si le Code suisse est mis en œuvre par les entreprises. Elle se fonde sur les rapports annuels des trois dernières années ainsi que sur les indications des entreprises publiées en ligne. D'une manière générale, les informations étaient aisément accessibles : les rapports annuels étaient faciles à trouver sur les sites Internet et ils comportaient un chapitre séparé consacré au gouvernement d'entreprise. Les explications suivent une structure relativement uniforme, conformément à la directive SWX sur le gouvernement d'entreprise.

Comme de nombreux aspects du gouvernement d'entreprise étaient déjà appliqués par la majorité des entreprises cotées avant l'entrée en vigueur du Code suisse et de la directive SWX, l'analyse ci-après se limite à certains aspects. Il ne s'agit pas d'une évaluation des différentes entreprises, mais d'une évaluation qualitative de leur réaction au Code suisse d'economiesuisse (cf. tableau page 5). Au total, 33 entreprises ont été examinées. Toutes font partie du SMI⁸.

Système de contrôle interne

Le Code suisse rappelle l'importance du système de contrôle interne : le conseil d'administration doit veiller à ce que le système de contrôle interne, incluant la gestion des risques, soit adapté à l'entreprise.

Selon le Code, il n'appartient pas au conseil d'administration lui-même d'effectuer le contrôle interne. Au contraire, il doit veiller à mettre sur pied un système adapté, c'est-à-dire qui tienne compte des spécificités de la société et qui couvre la gestion des risques⁹. La gestion du risque, la révision interne et le respect des normes applicables (« compliance ») relèvent de la direction. Il s'agit des risques financiers, mais aussi des risques opérationnels.

Composition du conseil d'administration

Il est essentiel que la composition du conseil d'administration soit équilibrée. Le conseil d'administration doit garantir la prise de décision dans le cadre d'un échange de vues critique avec la direction. Les exigences du point 12 sont déjà la norme pour un bon gouvernement d'entreprise : la majorité des membres du conseil d'administration ne doivent accomplir aucune tâche de gestion dans l'entreprise et surtout dans le cas des sociétés exerçant une part significative de leurs activités à l'étranger, le conseil d'administration doit être suffisamment large et sa composition équilibrée. Dans la majorité des entreprises, tous les membres du conseil d'administration sont indépendants des activités de gestion hormis le CEO.

Dans les rapports annuels 2001, plus de la moitié des sociétés ne donnaient pas assez d'informations sur les membres du conseil d'administration, de sorte que l'actionnaire ne pouvait se forger sa propre opinion quant à la composition du conseil en termes d'expérience et de capacités. Aujourd'hui, la publication des curriculums des membres du conseil d'administration dans les rapports annuels constitue la norme.

Il est plus difficile de comparer les systèmes de contrôle interne, puisque chaque entreprise doit mettre au point des structures de contrôle et de gestion adaptées à ses spécificités. Presque toutes les entreprises consacrent un chapitre de leur rapport annuel aux instruments de surveillance et de contrôle à l'égard de la direction. Dans la plupart des cas le conseil d'administration a constitué des comités appuyant la direction dans cette tâche ; il s'agit le plus souvent du comité de contrôle (« Audit Committee »). Certaines entreprises vont plus loin et donnent des informations détaillées sur la gestion des risques. Dans ce cas, on note l'existence de comités ou organes chargés de veiller à l'indépendance de la gestion des risques. Les explications dans les rapports annuels les plus récents se sont améliorées par rapport à 2002 sur le plan tant qualitatif que quantitatif.

Cumul des fonctions

Faut-il admettre le cumul des fonctions entre le conseil d'administration et la direction générale ou faut-il dissocier ces postes ? Cette question est abordée dans le Code suisse sous le chiffre 18. Si le conseil d'administration choisit le cumul pour des raisons inhérentes à l'entreprise ou parce que la structure organisationnelle au sommet de l'entreprise l'exige, le Code invite à instaurer des mécanismes de contrôle

⁸ ABB, Adecco, Ascom, Bâloise, Clariant, Coop, Credit Suisse, EMS, Givaudan, Holcim, Julius Bär, Kudelski, Lonza, Nestlé, Novartis, La Poste, Richemont, Roche, SBB, Schindler, Serono, SGS, Sulzer, Swatch, Swisscom, Swiss Life, Swiss Re, Syngenta, Tamedia, UBS, Unaxis, Zurich Financial Services.

⁹ D'après les modifications proposées en matière de révision, l'organe de révision doit aussi, dans le cadre d'une révision exhaustive, s'exprimer explicitement au sujet du système de contrôle interne.

adéquats. Un membre expérimenté, non exécutif et indépendant, peut s'en charger (« lead director »).

En 2001 déjà, plus des deux tiers des entreprises avaient confié la présidence du conseil d'administration et la direction opérationnelle à deux personnes (dissociation des fonctions). Les autres entreprises ont revu leur structure en 2002 : plus de 50% des entreprises pratiquant le cumul ont dissocié les deux fonctions, deux sociétés ont maintenu le cumul, mais ont créé un poste de « lead director ».

Règles d'indépendance

Le Code suisse recommande que plus de la moitié des membres du conseil d'administration n'accomplissent pas de tâche de gestion dans l'entreprise (membres non exécutifs). En outre, des qualités spécifiques sont requises pour la participation à certains comités. Ainsi, la majorité des membres non exécutifs du conseil

d'administration doivent également être indépendants. Sont considérés comme indépendants les membres du conseil d'administration n'ayant jamais fait partie de la direction ou l'ayant quittée depuis trois ans au moins et n'entretenant aucune relation d'affaires avec la société ou des relations d'affaires relativement peu importantes. Le Code suisse recommande surtout ces exigences pour les comités de contrôle et de rémunération. De plus, en présence de mandats croisés entre membres du conseil d'administration il y a lieu d'examiner de près leur indépendance. A deux exceptions près, toutes les entreprises examinées disposent aujourd'hui d'un comité de révision. La majorité des comités sont composés de trois membres du conseil d'administration. En 2001, les deux tiers d'entre elles seulement disposaient d'un tel comité.

Aspects du Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise examinés

Conseil d'administration et système de contrôle <i>Code : points 12, 19, 20</i>	Système de contrôle interne / gestion des risques (structure et composition du conseil d'administration, comités, compétences et expérience)
Conseil d'administration et direction générale <i>Code : point 18</i>	Principe de la composition équilibrée de la direction et du contrôle (Indépendance du conseil d'administration : cumul des fonctions entre le président de la direction générale et président du conseil d'administration, « lead director », dissociation des deux fonctions)
Comités : règles d'indépendance <i>Code: points 22, 23, 25</i>	Indépendance des comités
Politique de rémunération <i>Code : points 26 (14)</i>	Structure de la rémunération, publication de la rémunération des membres du conseil d'administration et de la direction, des plans d'options sur actions, des indemnités de départ, du mode d'évaluation de la performance
Révision <i>Code : point 24</i>	Efficacité de la révision externe, compatibilité du mandat de révision avec d'éventuels autres mandats de conseil (Rotation du réviseur, publication des honoraires de révision et de conseil, parts des honoraires non liés à la révision)
Droits des actionnaires <i>Code : points 2, 7</i>	Inscriptions à l'ordre du jour de l'assemblée générale Assemblée générale : la volonté de la majorité doit s'exprimer fidèlement.

Dans presque toutes les sociétés, les membres du comité de révision sont des membres non exécutifs. Dans la grande majorité des cas, l'indépendance des membres est également indiquée dans le rapport. Par contre, les sociétés sont peu nombreuses à présenter les compétences financières et comptables des membres du comité. En revanche, presque toutes les sociétés ont publié les curriculum des membres du conseil d'administration, de sorte que les qualifications en matière de comptabilité et l'expérience ressortent indirectement des indications.

Presque toutes les sociétés possèdent un comité de rémunération. Les deux tiers au moins des membres dudit comité sont des membres clairement non exécutifs, près d'un tiers sont également indépendants.

Politique de rémunération

Le Code suisse contient des lignes directrices pour une pratique responsable en matière de rémunération des cadres supérieurs (point 26). En vertu de ces indications, qui représentent des recommandations fortes par leur contenu, le comité de rémunération se charge de la politique de rémunération principalement au niveau le plus élevé de l'entreprise. La rémunération doit refléter le succès de l'entreprise sur la durée et la contribution personnelle. La rémunération doit être en relation évidente avec ces éléments.

Les informations publiées dans le rapport annuel en ce qui concerne la rémunération sont essentiellement chiffrées et concernent dans une moindre mesure le système utilisé. Les informations sur la politique de rémunération varient fortement d'une entreprise à l'autre. Plus des deux tiers des entreprises présentent des principes généraux en matière de rémunération, mais en disent peu sur l'évaluation de la performance. Les informations se limitent essentiellement au fait que l'entreprise verse une indemnisation fixe et un bonus. La publication sommaire de la rémunération des membres du conseil d'administration et de ceux de la direction générale représente la norme. La grande majorité des entreprises indiquent également le montant de la rémunération la plus élevée. Cette pratique répond aux exigences de la directive SWX. Une minorité d'entreprises ont publié les rémunérations individuelles; elles étaient plus nombreuses à le faire en 2003 qu'en 2002. D'une

manière générale, on constate que la politique en matière de rémunération encouragée par le Code suisse correspond à la pratique la moins fréquente. Aucune entreprise n'explique le lien entre la rémunération et la contribution personnelle au succès de l'entreprise sur la durée. La nouvelle proposition du Conseil fédéral pour plus de transparence n'apporte aucune amélioration. Cette dernière préconise aussi la transparence individuelle. En effet, une description du système de rémunération est nécessaire pour évaluer d'éventuels conflits d'intérêts. Le système doit établir un rapport évident avec le succès de l'entreprise sur la durée. Faute d'explication sur ce sujet, l'entreprise laisse passer une occasion de renforcer la confiance des actionnaires, même si les principes ont été respectés.

Organe de révision

Les tâches du comité de contrôle sont définies au chiffre 24 du Code suisse. Outre le contrôle de l'efficacité de la révision externe et de la révision interne, le comité de contrôle assure encore d'autres tâches. Avant de décider si les comptes de la société et du groupe peuvent être présentés au conseil d'administration avec recommandation de les présenter à l'assemblée générale, le comité doit avoir réalisé concrètement les

Plus des deux tiers des entreprises présentent des principes généraux en matière de rémunération, mais en disent peu sur l'évaluation de la performance.

étapes suivantes¹⁰ :

1. Il examine s'il y a lieu de douter de la révision externe.
2. Il vérifie si les comptes de la société et les comptes du groupe et leur annexe répondent aux principes applicables de présentation des comptes.
3. Il assume une responsabilité supplémentaire autonome à l'égard de l'ensemble du conseil d'administration.

Dans les rapports annuels 2001, il n'était pas encore possible de déceler, pour 80% des sociétés, si l'organe de révision exerçait en même temps une activité de conseil. Cette politique de l'information s'est entre-temps clairement modifiée: toutes les sociétés indiquent maintenant quel organe de révision a effectué la révision externe, la plupart précisent depuis quand et qui est le réviseur en chef. La plupart précisent également les honoraires versés, répartis en

¹⁰ Böckli, Peter: Harte Stellen im Soft Law, in: Der Schweizer Treuhänder / L'Expert-Comptable 11/02.

prestations de révision et mandats de conseil supplémentaires. Il est frappant de constater que presque toutes les sociétés de révision exécutent aussi des mandats de conseil. Si les honoraires versés pour des conseils supplémentaires étaient en moyenne plutôt élevés en 2002 (40% environ des honoraires versés à l'organe de révision concernent des services supplémentaires tels que des conseils fiscaux et autres mandats de conseil), cette part a sensiblement diminué en 2003 pour la majorité des entreprises¹¹.

Droits des actionnaires

Le Code suisse déclare sous chiffre 2 que la société s'efforce de faciliter l'exercice des droits légaux des actionnaires: la question se pose de savoir si ceux qui disposent d'un capital-actions de moins de 1 mio. fr. peuvent proposer d'inscrire un point à l'ordre du jour d'une assemblée générale? La grande majorité des entreprises remplit les exigences légales du CO. Dans cinq entreprises au total, la valeur-limite pour requérir l'inscription à l'ordre du jour a été abaissée en 2002 et en 2003.

Résumé des résultats

On peut dire que depuis l'entrée en vigueur de la directive SWX et du Code suisse de bonne pratique, les entreprises ont fait du chemin en matière de gouvernement d'entreprise. La directive SWX et le Code d'économiesuisse ont contribué à améliorer la politique d'information et la transparence. Les entreprises suisses satisfont à des normes internationales élevées en matière de gouvernement d'entreprise. En règle générale, les informations sont facilement accessibles, que ce soit sur la page Internet de l'entreprise ou par voie de commande du rapport annuel. L'examen détaillé des rapports annuels 2002 et 2003 par rapport à ceux de 2001 permet de tirer les conclusions suivantes :

- Toutes les entreprises insèrent dans leur rapport annuel un chapitre sur le gouvernement d'entreprise, publient une brochure séparée sur la question ou encore fournissent des indications claires à ce sujet sur Internet. Les explications se réfèrent explicitement aux directives SWX, et la

majorité d'entre elles aussi au Code d'économiesuisse. Les entreprises à vocation internationale observent aussi les normes internationales en matière de gestion d'entreprise. Toutes les entreprises passées en revue considèrent qu'un bon gouvernement d'entreprise est un élément important d'une bonne gestion d'entreprise.

- En satisfaisant désormais aux exigences aux règles du gouvernement d'entreprise, les rapports annuels sont plus complets. Les explications fournies dans ce domaine se réfèrent largement à la structure de la directive SWX et au Code suisse d'économiesuisse. Cette structuration facilite les comparaisons et donne une meilleure vue d'ensemble.
- D'une manière générale, les entreprises suisses ont complété et amélioré leur rapport sur le gouvernement d'entreprise. Cela concerne surtout les informations sur les membres du conseil d'administration (curriculums, expérience), la politique de rémunération du conseil d'administration et de la direction ainsi que les droits des actionnaires et l'activité de révision.
- De nombreuses entreprises ont revu leur structure de direction. Les entreprises qui, jusqu'à récemment, étaient organisées sur la base du cumul des fonctions ont désigné un « lead director » indépendant ou introduit la dissociation des fonctions.

- En moyenne des entreprises examinées, le conseil d'administration compte 8 membres, plus de 80% de ceux-ci n'accomplissant aucune

tâche de gestion dans l'entreprise. Les entreprises suisses se situent ainsi à la pointe sur le plan international.

- Dans leurs rapports, les entreprises s'attachent surtout à démontrer qu'elles satisfont aux critères formels du gouvernement d'entreprise. Ceux-ci sont plus faciles à vérifier ou à comparer. Nombre d'entre eux étaient déjà en usage avant l'introduction du Code suisse ; maintenant, ils sont explicités dans le rapport annuel.
- Même les entreprises non cotées (Coop, La Poste, les CFF) ont systématiquement développé leur gouvernement d'entreprise et s'efforcent de respecter la directive et le Code, tout comme les

Les entreprises suisses satisfont à des normes internationales élevées en matière de gouvernement d'entreprise.

¹¹ Ces aspects revêtiront encore davantage d'importance avec la nouvelle réglementation des pratiques de révision en Suisse.

entreprises suisses cotées. Et ce, bien que les dispositions relatives aux entreprises ne soient pas contraignantes pour elles.

- Les indications sur le mode de fonctionnement d'un système de contrôle interne sont plus difficiles à comparer. Aussi bien la directive SWX que le Code suisse laissent aux entreprises une certaine marge de manœuvre dans ce domaine. Compte tenu de la diversité des entreprises, cette démarche est judicieuse. Les indications fournies par les entreprises sur les plans tant quantitatif que qualitatif sont tout aussi diverses. La quasi-totalité des entreprises a réfléchi au système d'information et de contrôle. Une brève description de l'organisation interne et des mécanismes de contrôle est entrée dans la pratique des rapports annuels. Pratiquement toutes les entreprises ont formé leurs propres comités.

Les rapides améliorations enregistrées au niveau de la mise en oeuvre des recommandations du Code suisse confirment que c'est en maintenant une certaine souplesse dans les textes en matière d'autorégulation que l'on parvient le mieux à concrétiser les objectifs du gouvernement d'entreprise. Toutes les entreprises ainsi que les milieux économiques considèrent qu'un bon gouvernement d'entreprise est essentiel et que les entreprises fournissent de gros efforts pour atteindre un niveau élevé de qualité de gestion d'entreprise sur le plan international.

Besoin nuancé d'information des investisseurs

Au printemps 2004, le besoin d'information des investisseurs institutionnels et privés concernant le gouvernement d'entreprise a été examiné dans le cadre d'un séminaire de l'Université de Saint-Gall¹². Des déficiences en matière de gouvernement d'entreprise freinent la propension à investir. Parmi les investisseurs privés, ils sont 77% à ne plus vouloir investir dans une société présentant des déficiences dans ce domaine. On a pu constater qu'avec la directive SWX relative au Corporate Governance, les besoins d'information et de transparence des investisseurs sont bien couverts.

Le système suisse de gouvernement d'entreprise répond déjà à ces exigences élevées.

Deux tiers des investisseurs privés interrogés estiment en effet que le besoin d'information est bien couvert. Il n'y a donc pas lieu d'en étendre le contenu. Une mesure dans ce sens entraînerait des coûts disproportionnés et nuirait à la clarté de l'ensemble. La publicité des rémunérations est considérée comme appropriée, la publicité individuelle des rémunérations des membres du conseil d'administration et de la direction étant jugée moins importante que les autres points. Toutefois, la majorité des investisseurs privés souhaiterait que le rapport concernant le gouvernement d'entreprise soit examiné par un organe indépendant.

Les investisseurs institutionnels jugent importante, voire très importantes, la séparation entre les fonctions de président de la direction générale (CEO) et de président du conseil d'administration ainsi qu'une claire délimitation des compétences entre conseil d'administration et direction; en revanche, ils ne tiennent pas compte de la composition interne du conseil d'administration pour les décisions d'investissement et ils n'estiment pas que la certification des comptes sous serment au sens du Sarbanes Oxley Act constitue une amélioration. Alors que les investisseurs institutionnels attachent une grande importance au principe « une action, une voix », ils ne demandent pas une transparence absolue au niveau du conseil d'administration, contrairement aux milieux politiques et à l'opinion publique.

Recommandations de l'OCDE

Suite à la crise financière des années 90, les pays industrialisés ont élaboré dans le cadre de l'OCDE des recommandations communes sur le gouvernement d'entreprise. Elles servent toujours d'unique étalon déterminant sur le plan international en matière d'exigences à l'égard du droit des sociétés. L'OCDE a remanié ses principes de gouvernement d'entreprise¹³ et les a adaptés à l'évolution survenue depuis leur première publication.

A l'origine, ces travaux étaient destinés à fournir des lignes directrices aux pays émergents, leur permettant d'adapter leur droit des sociétés aux besoins modernes, suite à diverses crises financières. Ces principes ne s'adressent pas directement aux entreprises, mais revêtent la forme de

¹² Séminaire sur le gouvernement d'entreprise en Suisse organisé à l'Université de Saint-Gall par le Center for Financial Communication, Prof. Viktor Porak.

¹³ <http://www.oecd.org/dataoecd/57/19/32159487.pdf>

recommandations aux Etats en vue de l'élaboration de leur législation. Les syndicats surtout et d'autres groupes d'acteurs sociaux ont demandé l'observation de conditions supplémentaires plus exigeantes de la part des entreprises, mais ces revendications n'ont pas été intégrées dans le texte adopté. D'une manière générale, la discussion sur ces questions est fortement marquée par la situation qui prévaut dans le monde anglo-saxon.

Les recommandations se présentent aujourd'hui comme un assemblage des pratiques établies dans les différents pays, sans interventionnisme excessif. Ces principes favorisent la convergence des systèmes nationaux, sans les enfermer pour autant dans des carcans qui feraient fi des différences de structures économiques. Le système suisse de gouvernement d'entreprise répond aujourd'hui déjà à ces exigences élevées.

L'UE s'active

Dans l'UE, les différents pays ont édicté leurs dispositions nationales. Au niveau européen, il y a unanimité pour admettre qu'il n'est pas indiqué de créer un code de gouvernement d'entreprise, car les structures des entreprises sont très différentes¹⁴. Le rapport du groupe d'experts constitué par la Commission européenne (rapport Winter) recommande lui aussi de renoncer à l'élaboration d'un code supplémentaire. Mais ces questions sont toujours en discussion dans toute l'Europe.

Le plan d'action de mai 2003 intitulé « modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'UE » fournit un cadre à ces activités. La Commission de l'UE a voté deux recommandations sur la question de l'indépendance des conseils d'administration et sur la publication des rémunérations¹⁵. Les milieux économiques les critiquent; ils les trouvent trop éloignées de la pratique. Toutefois, la Commission de l'UE peut, de sa propre compétence, adopter de telles dispositions. Même si, du point de vue formel, elles

n'ont pas d'effet contraignant, elles devraient néanmoins être observées dans la pratique. Pour aller de l'avant dans ce domaine, la Commission européenne a constitué un nouveau Forum européen du gouvernement d'entreprise¹⁶. Celui-ci est censé promouvoir la convergence des dispositions nationales. Les règles de l'OCDE garantissent déjà cette orientation. En outre, la Commission propose des modifications de la présentation des comptes. Elle souligne la responsabilité

collective des membres du conseil d'administration, renforce la publicité des transactions de la direction et demande que les entreprises cotées fassent figurer dans leurs rapports annuels une déclaration sur le gouvernement d'entreprise.

Prescriptions rigides aux Etats-Unis

Le Sarbanes-Oxley Act américain impose aux entreprises cotées aux Etats-Unis d'énormes exigences formelles. Le travail de mise en oeuvre de cette loi est très important. Il y a tout d'abord des engagements formels étendus de la part du conseil d'administration et de la direction (notamment une déclaration « sous serment » sur l'exactitude des comptes, assortie de sanctions) ou une obligation de remboursement des indemnités perçues illégalement. Des dispositions supplémentaires sont introduites avec le système de surveillance (PCAOB).

Les obligations de renseigner inhérentes à ce système entrent en collision avec le droit suisse¹⁷. Ce problème est résolu par des adaptations des règles suisses en matière de révision. Le Sarbanes Oxley Act engage également les entreprises à rendre des comptes de manière plus approfondie en cas d'infractions à la loi constatées ultérieurement. En outre, les personnes internes (par exemple services juridiques) ou les conseillers (par exemple les études d'avocats chargées de transactions en capitaux) ont le droit d'annoncer des infractions à la loi (protection dite du dénonciateur -« whistleblower ») et doivent même s'y engager.

Les règles de l'OCDE garantissent déjà la convergence des réglementations nationales.

¹⁴ Traitement par exemple de la participation en Allemagne

¹⁵ Elles portent sur la publication de la politique des rémunérations et de la politique en matière de contrats avec les organes, le traitement des rémunérations dans les rapports annuels, une publication individuelle et l'approbation des actions et des droits d'acquisition par l'assemblée générale.

¹⁶ Membres : cf. encadré p. 10

¹⁷ Message complémentaire du Conseil fédéral du 23 juin 2004 ad 01 082, FF 2004, 3745 et proposition de révision de la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (LSR) FF 2004, 3911

Besoin de révision dans le droit suisse des actions

De nombreuses initiatives parlementaires sont pendantes dans le domaine du gouvernement d'entreprise. Pour les apprécier, il faut prendre en compte la nécessité de revoir le droit suisse des actions. Du point de vue de l'économie, les points suivants sont prioritaires :

- La question de l'inscription des actions nominatives liées est une relique de la révision du droit des actionnaires. L'obligation de déposer des demandes d'inscription dans un délai relativement court est nécessaire pour réduire les positions dispo (actions nominatives dépourvues de droit de vote) qui ont énormément augmenté. Le gonflement des positions dispo, qui manquent de transparence, pose également des problèmes sous l'angle du gouvernement d'entreprise.
- Il y a lieu de suivre également tous les efforts visant à flexibiliser le capital (actions sans valeur nominale, diminution flexibilisée de capital, dématérialisation des actions ou suppression des certificats) pour préserver la transparence nécessaire et la sécurité du droit. Ainsi, les possibilités d'action des entreprises seraient améliorées, ce qui renforcerait l'attrait de la place économique suisse.
- Etant donné qu'il existe des différences sensibles dans la doctrine déterminante, il y aurait lieu, le cas échéant, de revoir la réglementation des devoirs et des responsabilités du conseil d'administration des sociétés totalement dépendantes (par exemple application du CO, art. 716a dans le cas des filiales).
- La suppression des exigences relatives à la nationalité dans le conseil d'administration est déjà introduite. Il conviendrait aussi de supprimer la qualité obligatoire d'actionnaire pour être membre du conseil d'administration (art. 707 CO). Une partie de la révision en cours de la société à responsabilité limitée va dans ce sens.
- Il apparaît souhaitable, précisément pour les entreprises actives sur le plan international, de procéder à des adaptations concernant la création d'options. Il s'agit surtout de permettre une participation à distance (y compris sur Internet ou en divers lieux simultanément)¹⁸. Il convient à cet égard d'examiner la délégation de votes, mais pas séparément. Ces votes ont toutefois beaucoup perdu de leur importance, comme il ressort des rapports de voix publiés.

Membres du forum européen du gouvernement d'entreprise**Antonio Borges (PT)**

Vice-président de Goldman Sachs International et membre du conseil d'administration de plusieurs sociétés

Igor Adam Chalupec (PL)

Président du conseil de gestion et président de la direction de PKN Orien (société du secteur de l'énergie)

Bertrand Collomb (FR)

Président du conseil d'administration de Lafarge et de l'Association française des entreprises privées (AFEP)

Gerhard Cromme (DE)

Président du conseil de surveillance de ThyssenKrupp, président de la commission allemande pour un code de gouvernement d'entreprise

David Devlin (IE)

Partenaire chez PriceWaterhouseCoopers, président de la Fédération des experts comptables européens (FEE)

Emilio Gabaglio (IT)

Ancien secrétaire général de la Confédération européenne des syndicats

Jose Maria Garrido Garcia (ES)

Chef du service juridique et secrétaire du conseil d'administration de la CNMV (autorité de surveillance de la Bourse espagnole)

Peter Montagnon (UK)

Responsable des investissements pour l'Association of British Insurers

Colette Neuville (FR)

Présidente de l'Association de défense des actionnaires minoritaires (ADAM)

Roland Oetker (DE)

Président de DSW (association d'investisseurs privés allemande)

Alastair Ross Goobey (UK)

Président de ICGN et de Hermes Focus Asset Management Ltd.

Rolf Skog (SE)

Université de Stockholm

Andreas Trink (EE)

Président du conseil de direction de l'autorité de surveillance estonienne

Jaap Winter (NL)

Université d'Amsterdam

Eddy Wymeersch (BE)

Président de la CBFA (SEC belge) et membre du Comité européen des régulateurs des marchés des valeurs mobilières (CERVM)

¹⁸ L'UE souhaite aussi introduire des modifications identiques

- Il y a lieu de revoir l'inscription des « legal privileges » des secteurs juridiques internes et de ceux qui sont chargés du respect des règles en droit suisse (compliance). Avec l'importance accrue des sanctions pénales liées à l'activité des entreprises (droit de la concurrence, lutte contre la corruption et blanchiment d'argent, ces aspects n'étant pas exhaustifs), les conseils et la révision internes prennent une importance particulière. Ces activités doivent pouvoir se dérouler sous le sceau de la confidentialité, ce qui aujourd'hui n'est pas garanti, sauf à recourir à un avocat externe. Une réglementation pourrait être trouvée dans le cadre des codes de procédure.

Le projet de transparence du Conseil fédéral

Sur la base de diverses interventions parlementaires, le Conseil fédéral soumet au Parlement un projet de publication obligatoire des indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction des entreprises (04.044)¹⁹. Cette modification ne concerne que les sociétés cotées en bourse ; elle couvre ainsi le même champ d'application que la directive SWX qui repose également sur une base légale (art. 4 et 8 LBVM).

l'économie suisse est favorable à l'instauration de la transparence en matière d'indemnités et de participations versées aux membres du conseil d'administration et de la direction des entreprises. Le droit en vigueur répond déjà à cette exigence. C'est pourquoi l'économie suisse rejette le projet de modification du Code des obligations présenté par le Conseil fédéral qu'elle considère comme superflu et inadapté.

L'élément déterminant en ce qui concerne la direction porte sur les indemnités versées dans l'ensemble du système, non sur les cas individuels. Alors que la directive en vigueur de la SWX met au premier plan l'information générale, le projet de loi, rigide, se concentre sur les chiffres individuels et fait fi des droits de la personnalité²⁰. Il ne faut pas attendre de la publication des chiffres individuels qu'elle fasse baisser le niveau des indemnités. Au vu des expériences faites à l'étranger, c'est le contraire qui devrait se produire. Le projet de loi est inutile.

Les limites du gouvernement d'entreprise

Le respect des principes du gouvernement d'entreprise est certainement de nature à améliorer la direction des sociétés. Cet aspect ainsi que la publication d'indications favorisant la transparence renforcent la confiance dans les entreprises. Toute la place économique en bénéficie. Le gouvernement d'entreprise est donc un élément important de la vie économique. Cela étant dit, les règles du « Corporate governance » à elles seules sont bien sûr incapables de garantir le succès d'une entreprise.

Si le gouvernement d'entreprise vise le système et les procédures, la bonne application de ses principes dépend toutefois dans une mesure déterminante de l'attitude des personnes qui en assurent le fonctionnement. Par exemple, le contrôle par les actionnaires ne peut pas fonctionner si les principaux

Les règles en vigueur instaurent déjà la transparence en matière de rémunération des membres du conseil d'administration et de la direction générale.

actionnaires ne se forment pas leur propre opinion avant de voter, voire renoncent à leurs droits de vote. A cet égard, l'accroissement du volume des positions « dispo » (actions nominatives qui ne font l'objet d'aucune demande

d'inscription au registre des actions, partant dépourvues de droit de vote) que l'on enregistre dans les sociétés suisses suscite les mêmes préoccupations que l'abstentionnisme en politique.

¹⁹ <http://www.admin.ch/ch/f/FF/2004/4223.pdf>

²⁰ Cela notamment en rendant également obligatoire la publication des participations d'anciens membres d'organes et des personnes qui leur sont proches

Commentaire

Le gouvernement d'entreprise s'est sensiblement amélioré en Suisse. Avec le droit suisse des obligations, les dispositions juridiques particulières (notamment pour les entreprises cotées en bourse), les directives SWX Swiss Exchange et le Code suisse de bonne pratique d'économiesuisse, notre pays est doté d'un dispositif complet de très haut niveau en comparaison internationale. Dans l'ensemble, les entreprises appliquent bien ces règles. La densité réglementaire correspond pour l'essentiel aux besoins des investisseurs privés et institutionnels. Des adaptations immédiates dans ce domaine ne s'imposent pas. Mais une fois que la révision de loi en cours sera adoptée, il faudra également adapter l'autorégulation.

Dans le secteur des PME, l'introduction de Bâle II, qui met davantage l'accent sur le risque en matière d'octroi de crédits, les directions d'entreprises se verront aussi imposer des exigences plus élevées. Ces entreprises devront de plus en plus se référer à des lignes directrices. Il ne s'agit pas d'imposer des restrictions supplémentaires, mais de créer la clarté pour remporter l'adhésion. Les travaux à mener sur ces questions doivent se faire avec la collaboration des entreprises plutôt que d'être dominés par des conseillers. Dans cette perspective, economiesuisse a constitué un groupe de travail commun avec l'Association des sociétés anonymes privées.

Mais le gouvernement d'entreprise n'est pas la panacée. Les entreprises doivent assumer des risques, faute de quoi la création de valeur et la croissance sont en danger. A vouloir uniformiser le gouvernement d'entreprise, on risque d'aller à fins contraires. Ce qu'il faut, c'est une attitude offensive de la direction des entreprises en pleine conscience de ses responsabilités. Mais l'engagement des investisseurs est également nécessaire. Ils doivent participer activement aux décisions.

Pour toute question:
thomas.pletscher@economiesuisse.ch