

**La version allemande fait foi**

**« Mehr oder Minder ? »**

**Contre-projet et initiative Minder**

de

Peter Nobel, professeur émérite de droit commercial et économique  
à l'Université de Saint-Gall et à l'Université de Zurich

## Table des matières

I. Résumé.....	3
II. Préambule.....	5
III. Options de vote et conséquences.....	7
IV. Survol des deux projets .....	8
1. Initiative Minder .....	8
2. Le contre-projet indirect : survol .....	9
3. Résumé du contre-projet .....	11
V. Historique de la révision du droit de la société anonyme .....	13
1. Droit actuel .....	13
a) Code des obligations et droit boursier .....	13
b) Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise.....	13
c) Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA.....	14
Conclusion.....	14
2. Situation actuelle.....	14
VI. Le traitement parlementaire de l'initiative Minder .....	15
VII. Droit constitutionnel.....	15
VIII. Droit pénal .....	18
IX. Conception de la société anonyme .....	22
X. Comparaison initiative Minder / contre-projet.....	23
1. Remarques préliminaires .....	23
2. Les différences essentielles du point de vue du contre-projet .....	25
3. Survol des exigences des initiants et règlement du contre-projet (voir annexe 6)..	28
3.1 Survol.....	28
3.2 Exigences Minder : explications détaillées.....	29
XI Conclusion.....	36

## I. Résumé

Le 3 mars 2013, le peuple suisse devra se prononcer sur l'initiative constitutionnelle Minder. Cependant, d'un point de vue matériel, ce sont deux projets distincts qui sont proposés lors de cette votation populaire : d'une part, l'initiative Minder et, d'autre part, le contre-projet indirect du Parlement – c'est-à-dire, un contre-projet impliquant des adaptations au niveau de la loi –, qui prévoit une révision du droit de la société anonyme. En cas de rejet de l'initiative Minder, c'est le contre-projet qui entrera en vigueur.

La votation porte sur la politique de rémunération des sociétés anonymes cotées en Bourse. Grâce à une amélioration de la gouvernance d'entreprise, les actionnaires pourraient exercer une plus grande influence sur les rémunérations versées aux membres du conseil d'administration et de la direction. Le contre-projet, qui a été élaboré de manière détaillée, répond aussi à cette nécessité et va même plus loin que l'initiative en instaurant une transparence étendue (à noter que l'initiative prévoit la communication du nom du membre de la direction recevant la rémunération la plus élevée).

De nouvelles dispositions de droit pénal ?

L'initiative Minder contient des dispositions pénales hautement contestées et inutiles. L'application des sanctions prévues en cas de non-respect – abordées en termes très généraux par le texte de l'initiative – serait difficile et prendrait du temps. Par ailleurs, le droit pénal ordinaire du code pénal couvre déjà des aspects essentiels de l'initiative.

Aspects temporels

Fruit d'un travail de longue haleine d'une grande précision au niveau parlementaire, le contre-projet a réuni une majorité de voix au Parlement. Il permet de résoudre les problèmes existants.

Les exigences de l'initiative Minder sont exprimées au travers de principes associés à des exigences strictes qui devront être concrétisés dans un projet pour la mise en œuvre de l'initiative. Ces exigences sont excessives et ne font que démarrer une procédure législative. Ladite procédure serait longue, car la partie relative au droit pénal soulèverait également des difficultés particulières. A vrai dire, l'initiative ne ferait que reporter aux calendes grecques la résolution du problème. D'un point de vue juridique, il serait également possible que la mise en œuvre de l'initiative échoue en raison de divergences excessives ; dans ce cas, rien ne changerait.

Contenu

- Les deux projets ne s'expriment pas sur le montant des salaires et des bonus, mais cher-

chent à renforcer les droits des actionnaires. L'initiative Minder, toutefois, poursuit cet objectif de manière très radicale.

- Le contre-projet va plus loin que l'initiative sur le plan matériel :
  1. Les rémunérations doivent être fixées en fonction de la situation économique de l'entreprise et de sa prospérité à long terme ainsi qu'en adéquation avec la prestation, les tâches et la responsabilité du bénéficiaire. Les rémunérations sont soumises à la décision de l'assemblée générale.
  2. La réglementation relative à l'obligation de restituer est formulée de manière nettement plus stricte et également pour les sociétés non cotées (l'assemblée générale peut, elle aussi, décider l'ouverture d'une telle procédure).
  3. L'assemblée générale peut décider de l'ouverture par la société d'une action en responsabilité, même dans le cas où elle aurait approuvé préalablement le montant des rémunérations.
- Le contre-projet, dont le texte détaillé s'inscrit dans le droit de la société anonyme, contient des règles claires et détaillées sur le règlement de rémunération, le rapport de rémunération annuel, les décisions des actionnaires et la responsabilité. Il est ainsi bien plus systématique que l'initiative Minder et garantit une transparence étendue.
- Contrairement à l'initiative Minder, le contre-projet ne prévoit pas l'introduction d'une multitude de réglementations dans les statuts. Il ne surcharge donc pas les statuts et n'entraîne pas de coûts supplémentaires élevés, ni un allongement important des délais en cas de modification de ceux-ci. Il exige en revanche un règlement de rémunération détaillé. Celui-ci présente en outre le caractère juridique d'un statut.
- L'initiative Minder, avec ses dispositions considérées comme rigides, restreint excessivement la liberté des entreprises (élection annuelle des membres du conseil d'administration, vote contraignant de l'assemblée générale sur les montants totaux des salaires de la direction, indemnités de départ, etc.). Le contre-projet laisse aux actionnaires la liberté de décider, sur des points décisifs, le mode d'organisation le plus judicieux pour leur entreprise.
- Le contre-projet met également en œuvre les conditions-cadre favorables pour l'économie privée exigées dans la Constitution fédérale (art. 94, al. 3 Cst.).
- Le contre-projet exige que les institutions de prévoyance exercent leurs droits de vote « dans la mesure du possible » et qu'elles rendent public la manière dont elles ont voté (art. 71a LPP révisée), alors que l'initiative Minder exige, d'une manière guère justiciable, l'instauration d'une obligation de vote des caisses de pension dans l'intérêt des assurés (nota bene : le fonds AVS n'est pas une caisse de pension).
- Le contre-projet ne se contente pas d'indiquer que l'utilisation de moyens de communication électroniques est souhaitable pour les votes au sein de l'entreprise, il prévoit des règles concrètes à ce sujet.
- L'initiative Minder n'est pas cohérente. Elle prétend renforcer les droits des actionnaires et

leur retire le droit de prendre des décisions importantes.

## Conclusion

Le contre-projet législatif répond mieux que l'initiative Minder aux exigences qui ont émergé dans le débat sur les rémunérations très élevées. Il entrera en vigueur automatiquement après le rejet de l'initiative Minder. La mise en œuvre au niveau de la loi de l'initiative Minder nécessiterait à nouveau de longues discussions parlementaires, entraînant une insécurité juridique pour les entreprises et mettant à mal la place économique suisse.

Le non-retrait de l'initiative Minder étonne.

## II. Préambule

economiesuisse m'a confié la réalisation d'une étude comparative à caractère juridique entre l'initiative du comité de Thomas Minder (initiative Minder ou initiative « contre les rémunérations abusives », annexe 1) et le contre-projet indirect du parlement du 16 mars 2012 (annexe 2) prévoyant une révision du droit de la société anonyme.

Les deux projets font actuellement l'objet d'intenses débats juridiques. La majorité des auteurs – y compris les auteurs de la présente étude – s'accordent à dire que le texte de l'initiative nécessitera l'élaboration de nouvelles dispositions légales ; d'autres soutiennent que l'initiative laisse une grande marge d'interprétation<sup>1</sup>. Le contre-projet ne fait pas non plus l'unanimité d'un point de vue technique<sup>2</sup>. Ces aspects ne sont cependant pas déterminants pour la présente étude.

J'aimerais tout d'abord souligner, pour ce qui est de la version allemande de l'initiative, qu'il est surprenant qu'apparaisse le terme « Abzockerei » dans le titre officiel d'une initiative (Eidgenössische Volksinitiative « gegen die Abzockerei »<sup>3</sup>). D'un point de vue étymologique, le terme, qui signifie « magouille » ou « arnaque », présente un caractère injurieux et paraît en ce sens peu conforme à un exercice impartial des droits politiques. En effet, il exerce une influence déloyale sur le vote de la population.

---

<sup>1</sup> Cf. Häusermann, *Aktienrechtliche Umsetzung der „Abzocker“-Initiative: Spielraum und Rechtstechniken*, RSJ 2012, 537 ss. ; NZZ du 30 novembre 2012, p. 25

<sup>2</sup> Cf. Forstmoser, „Say on Pay“: *Die Volksinitiative „gegen die Abzockerei“ und der Gegenvorschlag des Parlaments*, RSJ 2012, 337 ss.

<sup>3</sup> Cf. FF 2577

L'objectif premier de l'initiative, comme elle nous l'est décrite, est la protection de la propriété privée des actionnaires contre la mainmise de la caste dirigeante<sup>4</sup>. De l'avis des initiants et du Conseil fédéral lui-même<sup>5</sup>, l'initiative Minder exige ainsi que soit soumise au vote des actionnaires la somme globale des rémunérations (argent et valeur des prestations en nature) du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif. L'initiative Minder prévoit en outre l'interdiction de toutes les autres rémunérations (indemnités de départ, rémunérations anticipées, primes pour des achats ou des ventes d'entreprises). Elle entend inscrire un nombre important de règlements dans les statuts. Les normes pénales spéciales représenteraient un aspect central de l'initiative Minder, qui prévoit en cas de non-respect des dispositions susmentionnées des peines privatives de liberté de trois ans au plus et des peines pécuniaires pouvant atteindre six rémunérations annuelles.

Il convient cependant de souligner que ni l'initiative Minder ni le contre-projet ne prévoient de montant maximal autorisé ou de réduction des rémunérations; les deux projets s'attachent à fournir une réglementation sur les modalités d'approbation des rémunérations par les actionnaires ainsi que sur leur transparence. Il s'agit ainsi surtout de renforcer les droits des actionnaires et de tenter de démocratiser les décisions au niveau du droit de la société anonyme. L'initiative Minder propose des solutions extrêmes pour atteindre cet objectif.

La présente étude n'aborde donc pas non plus la question du montant des rémunérations, mais examine les aspects juridico-techniques des réponses proposées pour résoudre une situation jugée problématique. Dans le cas de l'initiative, l'examen portera ainsi sur son texte et sur ce qu'il exige ou n'exige pas.

Seul le contre-projet paraît proposer des règles matériellement dissuasives. En effet, celui-ci prévoit une définition des rémunérations en considération de la situation économique de l'entreprise et de sa prospérité à long terme ainsi qu'en adéquation avec les tâches, la prestation et la responsabilité du bénéficiaire (art. 717, al. 1<sup>bis</sup>, CO rév.). Il sera plus facile qu'aujourd'hui (art. 678, CO) d'engager une action en restitution (art. 678, CO rév.) dans le but d'exiger la restitution de prestations perçues indûment. Cela est notamment le cas des prestations qui présentent une disproportion par rapport à la contre-prestation fournie. En outre, le contre-projet prévoit la possibilité d'intenter une action en responsabilité, que l'assemblée générale ait fourni ou non son approbation préalable (art. 756, al. 2, CO rév.).

---

<sup>4</sup> Cf. Sonntagszeitung du 25 novembre 2012, p. 61

<sup>5</sup> Cf. FF 2009, 335

En ce sens, le **contre-projet va bien plus loin** que l'initiative d'un point de vue matériel : toutefois, il laisse une plus grande liberté aux actionnaires pour déterminer l'organisation de leur société.

Le contre-projet, dont le texte détaillé s'inscrit dans le droit de la société anonyme, contient des règles claires et précises sur :

- Le règlement de rémunération,
- Le rapport de rémunération,
- Les décisions des actionnaires,
- La restitution et la responsabilité.

Il est ainsi bien plus systématique que l'initiative Minder, qui propose tout au plus des principes constitutionnels formulés sans concrétisation et en termes généraux et sommaires<sup>6</sup>.

La mise en œuvre de l'initiative nécessiterait un investissement en temps important. Elle ne ferait que prolonger un débat qui dure déjà depuis de nombreuses années.

En conclusion : le contre-projet s'attaque de manière concrète et efficace aux racines du problème. En outre, il propose une solution immédiate.

### **III. Options de vote et conséquences**

Pour que l'initiative populaire Minder soit acceptée, elle requiert l'approbation de la majorité des votants et de la majorité des cantons (art. 142, al. 2, Cst. en relation avec art. 140, al. 1, let. a, Cst.). En cas d'acceptation, il faudrait alors reprendre le processus législatif, qui représenterait à nouveau un travail de longue haleine à l'issue encore incertaine aujourd'hui<sup>7</sup>. La teneur elle-même de l'initiative susciterait des débats intenses.

En cas de refus par le peuple ou les cantons de l'initiative populaire, le contre-projet actuel serait alors accepté automatiquement (cf. ch. V de la décision du parlement). Le texte de loi du contre-projet serait immédiatement publié dans la Feuille fédérale. Un référendum pourrait alors être lancé ; dans le cas contraire, le Conseil fédéral déciderait de l'entrée en vigueur (cf. ch. V de la décision du parlement).

---

<sup>6</sup> Cf. à ce sujet le survol du point IV.2. ainsi que le contre-projet indirect (annexe 2)

<sup>7</sup> Cf. à ce sujet le point VII sur le droit constitutionnel

## IV. Survol des deux projets

Il n'est pas aisé de procéder à une comparaison des deux projets. En effet, les propositions ne se trouvent pas au même niveau : l'initiative Minder au niveau constitutionnel et le contre-projet au niveau législatif. Si le texte de l'initiative est plus concis et permet une lecture aisée, le contre-projet indirect est lui composé de dispositions nouvelles ou révisées, à savoir de 37 articles – parfois très longs – relevant du droit de la société anonyme du, CO ainsi que de deux articles relevant respectivement du CPC<sup>8</sup> et de la LPP<sup>9</sup>. Un survol rapide du contre-projet présente donc le risque de mener à des simplifications malvenues. Quant à l'initiative, elle requiert encore une mise en œuvre au niveau de la loi<sup>10</sup>.

### 1. Initiative Minder

Les exigences de l'initiative Minder ont été présentées par les initiants en 24 points (cf. texte intégral en annexe 1). Elles concernent uniquement les sociétés anonymes suisses cotées en Bourse (en Suisse ou à l'étranger). Il s'agit des principes suivants :

#### *Définitions dans les statuts*

1. Les statuts règlent le montant des crédits octroyés aux membres du conseil d'administration et de la direction.
2. Les statuts règlent le montant des prêts accordés aux membres du conseil d'administration et de la direction.
3. Les statuts règlent le montant des rentes touchées par les membres du conseil d'administration et de la direction.
4. Les statuts règlent les plans de bonus et de participation des membres du conseil d'administration et de la direction.
5. Les statuts règlent le nombre de mandats externes des membres du conseil d'administration et de la direction.
6. Les statuts règlent la durée des contrats de travail des membres de la direction.

#### *Vote annuel à l'assemblée générale sur les rémunérations*

7. L'assemblée générale se prononce annuellement sur le montant global des rémunérations du conseil d'administration.
8. L'assemblée générale se prononce annuellement sur le montant global des rémunérations de la direction.
9. L'assemblée générale se prononce annuellement sur le montant global des rémunérations du conseil consultatif.

---

<sup>8</sup> La disposition relevant du CPC porte sur les frais, voir texte en annexe 2.

<sup>9</sup> Le fonds AVS n'est pas une caisse de pension au sens de la LPP. L'art. 1, al. 1, LPP distingue clairement la prévoyance professionnelle de l'assurance vieillesse, survivant et invalidité.

<sup>10</sup> Cf. à ce sujet le point VII sur le droit constitutionnel

#### *Autres dispositions sur les rémunérations*

10. Les membres du conseil d'administration et de direction ne reçoivent aucune rémunération anticipée.
11. Les membres du conseil d'administration et de direction ne perçoivent aucune indemnité de départ ou autre.
12. Les membres du conseil d'administration et de direction ne reçoivent aucune prime lors de l'achat de sociétés.
13. Les membres du conseil d'administration et de direction ne reçoivent aucune prime lors de la vente de sociétés.
14. Les membres du conseil d'administration et de la direction ne peuvent conclure aucun contrat de travail avec une autre société du groupe.

#### *Exigences en matière de vote et d'élection*

15. L'assemblée générale élit annuellement et individuellement les membres du conseil d'administration.
16. L'assemblée générale élit annuellement le président du conseil d'administration.
17. L'assemblée générale élit annuellement les membres du comité de rémunération.
18. L'assemblée générale élit annuellement les représentants indépendants du droit de vote.
19. Les actionnaires peuvent voter à distance par voie électronique.
20. La représentation du droit de vote d'organes est interdite.
21. Les caisses de pension votent dans l'intérêt de leurs assurées.
22. Transparence des caisses de pension : les caisses de pension divulguent le contenu de leur vote.
23. La direction de la société ne peut pas être déléguée à une autre personnes morale.

#### *Dispositions pénales*

24. Les violations des dispositions de l'initiative sont punies d'une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à trois ans et d'une peine amende jusqu'à concurrence de six années de salaire (rémunérations annuelles).

## *2. Le contre-projet indirect : survol*

#### *Disposition sur le montant des rémunérations*

- Les rémunérations doivent être fixées en considération non seulement de la situation économique de l'entreprise, mais aussi de sa prospérité à long terme (art. 717, al. 1<sup>bis</sup>, CO rév.).
- La restitution des prestations perçues indûment peut être exigée plus facilement (art. 678, CO rév.) ; c'est notamment le cas des prestations qui sont en disproportion avec leur contre-prestation (art. 678, al. 2, CO rév.); voir ci-dessous « Responsabilité ».

#### *Définition des principes par l'assemblée générale*

- Le règlement de rémunération fixe les compétences et la procédure pour la définition du montant et des principes de rémunération.

- Le conseil d'administration élabore un règlement de rémunération, qu'il soumet à l'approbation de l'assemblée générale. Les modifications sont également soumises à l'approbation de l'assemblée générale (art. 731i, al. 1, CO rév.). Des dispositions ont été prévues pour que les actionnaires puissent demander une modification du règlement de rémunération (art. 731i, al. 2, CO rév. : 0,25 % du capital-actions ou 0,25 % des voix ou des actions pour une valeur nominale de CHF 1 million)<sup>11</sup>. L'assemblée générale se prononce également sur l'approbation des rémunérations décidées par le conseil d'administration et prévues pour celui-ci (art. 731j, al. 1, CO rév.), pour la direction (art. 731k, al. 1, CO rév.) et pour le conseil consultatif (art. 731j, al. 1, CO rév.).
- Pour les rémunérations prévues pour la direction, les statuts peuvent définir si les décisions de l'assemblée générale ont un caractère contraignant ou sont prises à titre consultatif (art. 731k, al. 2, CO rév.).

*Observation des dispositions par le conseil d'administration et principes de base pour les décisions annuelles de l'assemblée générale*

- Le conseil d'administration établit un rapport de rémunération écrit. Il y rend compte du respect de la loi, du règlement de rémunération et, le cas échéant, des statuts (art. 731e, al. 1, CO rév.).
- Le rapport de rémunération contient toutes les rémunérations versées directement ou indirectement : pour le conseil d'administration, le montant accordé à chacun des membres et, pour la direction, le montant global, avec mention du nom et de la fonction du membre dont la rémunération est la plus élevée (art. 731g, al. 2, ch. 1 et 2, CO rév. ; art. 663b<sup>bis</sup>, CO est supprimé). Le compte rendu est vérifié par l'organe de révision (art. 728a, al. 1, ch. 4, CO rév.) ; celui-ci avertit le conseil d'administration de toute violation du règlement de rémunération et, en cas de non-respect grave, également l'assemblée générale (art. 728c, al. 1 et al. 2<sup>bis</sup>, CO rév.).
- Le conseil d'administration et chaque actionnaire peuvent dorénavant également attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale qui violent le règlement de rémunération (art. 706, al. 1, CO rév.).
- Le rapport de rémunération doit contenir toutes les rémunérations versées directement ou indirectement au conseil d'administration ou à la direction (art. 731f, al. 1, CO rév.), ainsi que tous les prêts et crédits consentis à ceux-ci (art. 731g, al. 1 et 2, CO rév.). Il doit également contenir toute autre fonction des membres du conseil d'administration et de la direction (art. 731g, al. 3, CO rév.).
- Les décisions de l'assemblée générale sur les rémunérations portent sur la rémunération de base (salaire) pour l'exercice annuel (art. 731j, al. 1, ch. 1 et 3 et art. 731k, al. 1, ch. 1, CO rév.) et sur la rémunération supplémentaire (bonus) pour l'exercice annuel écoulé (art. 731j, al. 1, ch. 2 et 4 et art. 731k, al. 1, ch. 2, CO rév.).

*Rémunérations interdites*

- Les indemnités de départ et les rémunérations anticipées sont interdites (art. 731l, al. 1, CO rév.). Des dérogations dans l'intérêt de la société sont possibles (art. 731l, al. 2, CO rév.), mais elles sont soumises à l'approbation de l'assemblée générale à la majorité qualifiée (art. 731l, al. 3, CO rév.).

*Responsabilité des organes*

- Il incombe au conseil d'administration de veiller au respect de la loi, des statuts ainsi que du règlement de rémunération.

---

<sup>11</sup> La disposition de l'art. 731i, al. 2, CO rév. a été élaborée dans l'intérêt des actionnaires. Contrairement à l'art. 699, al. 3, CO, qui fixe actuellement les modalités d'une convocation de l'AG par les actionnaires, cette disposition n'exige non pas 10 % au moins du capital-actions pour proposer à l'AG une modification du règlement de rémunération, mais uniquement 0,25 %.

- L'approbation des rémunérations par l'assemblée générale ne restreint pas la responsabilité du conseil d'administration (art. 731j, al. 2 et 731k, al. 4, CO rév.).
- L'assemblée générale peut décider que la société intente l'action en responsabilité (art. 756, al. 2, CO rév.). Elle peut également décider l'ouverture d'une action en restitution selon l'art. 678, al. 5, CO rév. ; pour une telle décision, le droit de vote n'est pas déterminé proportionnellement au nombre d'actions (art. 693, al. 3, ch. 5, CO rév.).

#### *Elections par l'assemblée générale*

- L'assemblée générale élit chaque année (en vue de la prochaine assemblée générale) un représentant indépendant (art. 689c, CO rév.).
- L'assemblée générale procède en règle générale chaque année à l'élection individuelle de chacun des membres du conseil d'administration ainsi qu'à l'élection du président du conseil d'administration (art. 710 et 712, CO rév.). Conformément aux dispositions des statuts, la durée des fonctions ne peut toutefois pas excéder trois ans.

#### *Moyens électroniques à l'assemblée générale*

- Les statuts peuvent prévoir la possibilité pour les actionnaires d'exercer leurs droits par voie électronique lors de l'assemblée générale (art. 701a ch. 1, CO rév.).
- L'assemblée générale peut également se tenir exclusivement sous une forme électronique, à la condition que l'ensemble des actionnaires y consente (art. 701b, al. 1, CO rév.).

### *3. Résumé du contre-projet*

Le survol proposé ci-dessus n'offre qu'une image incomplète du contre-projet. Une description détaillée et systématique des nouvelles dispositions est disponible à l'annexe 3.

Selon le contre-projet, les statuts devront impérativement définir le caractère des décisions prises concernant les rémunérations de la direction : contraignant ou à titre consultatif.

En outre, l'utilisation de moyens électroniques lors de l'assemblée générale requerra une base statutaire. Le contre-projet indirect propose ainsi des règles complètes relatives à l'utilisation de moyens électroniques.

L'art. 678, CO rév. fixe des règles pour la restitution facilitée des rémunérations perçues indûment, dont les prestations qui se trouvent en disproportion avec leur contre-prestation. L'assemblée générale peut décider – et ce, sans que le droit de vote soit déterminé proportionnellement au nombre d'actions – l'ouverture d'une action en restitution. Elle peut également décider l'ouverture d'une action en responsabilité. Une éventuelle approbation antérieure de l'assemblée générale concernant le montant des rémunérations n'entraîne pas une restriction de la responsabilité du conseil d'administration.

Pour ce qui est des élections, le contre-projet prévoit la désignation annuelle d'un représentant indépendant. Les membres du conseil d'administration devront être élus un par un chaque année, sous réserve d'une disposition statutaire contraire. Le président du conseil d'administration est également soumis à une élection annuelle.

La partie la plus importante du contre-projet porte directement sur les rémunérations : Les rémunérations devront être proportionnées aux contre-prestations et fixées en considération de la situation économique de l'entreprise et de sa prospérité à long terme.

Le conseil d'administration devra établir un règlement de rémunération complet relatif aux rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif. Ce règlement et ses modifications éventuelles seront soumis à l'approbation des actionnaires.

Le conseil d'administration devra émettre un rapport de rémunération écrit, comprenant les rémunérations proposées (ainsi que les crédits) et rendant compte de l'observation du règlement. Les rémunérations prévues pour le conseil d'administration et la direction seront soumises à l'approbation de l'assemblée générale. Pour autant que les statuts le prévoient, la compétence d'approbation pour les rémunérations prévues pour la direction pourra être confiée au conseil d'administration ; ces rémunérations devront toutefois être publiées dans le rapport de rémunération et seront soumises à l'approbation à titre consultatif de l'assemblée générale. Par ailleurs, une distinction est faite entre la rémunération annuelle de base (salaire) et la rémunération supplémentaire (bonus) pour l'année écoulée, qui feront l'objet de décisions séparées. Toutes les rémunérations sont toutefois soumises à l'obligation d'information. C'est l'organe de révision qui sera chargé de vérifier la publication des informations relatives aux rémunérations ainsi que de signaler d'éventuelles violations du règlement de rémunération.

Le versement d'indemnités de départ ou de rémunérations anticipées est interdit ; des dérogations seront possibles sur proposition du conseil d'administration et avec l'accord de l'assemblée générale (de telles dérogations sont considérées comme des décisions essentielles), dans la mesure où elles sont dans l'intérêt de la société.

Toutes les rémunérations versées directement ou indirectement (ainsi que les crédits) devront être publiées (comme cela est déjà le cas aujourd'hui), à savoir le montant accordé à chacun des membres du conseil d'administration ainsi que le montant global accordé à l'ensemble des membres de la direction (accompagné de la durée des contrats qui prévoient ces rémunérations et, comme il est déjà de rigueur aujourd'hui, de la mention du nom du membre dont la rémunération est la plus élevée).

L'approbation par l'assemblée générale des rémunérations ne restreint pas la responsabilité du conseil d'administration. Ainsi, comme ils en ont déjà la possibilité aujourd'hui, les actionnaires pourront intenter une action en responsabilité contre celui-ci.

## V. Historique de la révision du droit de la société anonyme

### 1. *Droit actuel*

#### a) *Code des obligations et droit boursier*

Le 23 juin 2004, le Conseil fédéral a approuvé le message relatif à la modification du code des obligations (droit de la société anonyme) portant sur la transparence des rémunérations versées aux membres du conseil d'administration et de la direction. Les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007. C'est l'art. 663b<sup>bis</sup> CO (annexe 4a) qui figurait au centre de cette révision. Celui-ci fixe des obligations supplémentaires pour les sociétés cotées en Bourse en matière de transparence sur les rémunérations. Ainsi, toutes les rémunérations versées directement ou indirectement au conseil d'administration, à la direction ou au conseil de direction ainsi qu'aux anciens membres de ces organes sont soumises à l'obligation d'informer<sup>12</sup>. En outre, l'art. 663c, al. 3, CO contraint la société à publier, dans l'annexe au bilan, les participations à la société des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif ainsi que leurs droits de conversion ou d'option (cette disposition sera remplacée par l'art. 731g, al. 2, CO rév.).

Par ailleurs, selon l'art. 56 du règlement de cotation (RC) de la SIX (annexe 4b), les transactions du management sont elles aussi soumises à l'obligation de transparence.

#### b) *Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise*

Le Code suisse de bonne pratique est une recommandation émise en 2002 par econo-miesuisse, l'association faîtière de l'économie suisse, portant sur la gouvernance d'entreprise. Il s'adresse à toutes les sociétés suisses ouvertes au public et cotées à la SIX Swiss Exchange.

Le 6 septembre 2007, les dispositions relatives aux rémunérations des membres du conseil d'administration et de la direction ont été étoffées de dix recommandations. Disponibles en annexe du « Code suisse » (cf. annexe 4c), ces recommandations portent essentiellement sur la nécessité de mettre sur pied un comité de rémunération. Le comité de rémunération ne fait pas

---

<sup>12</sup> Cf. art. 663b<sup>bis</sup>, al. 4, ch. 1 et ch. 2, CO (annexe 4a) ; de manière analogue, le contre-projet prévoit l'art. 731g, CO rév

l'objet d'une obligation légale dans le contre-projet indirect. Toutefois, comme c'est déjà le cas aujourd'hui, il appartiendra au conseil d'administration de décider ou non la formation d'un comité de rémunération (art. 716a, al. 2, CO) ; actuellement toutefois, toutes les grandes sociétés présentent déjà un tel comité.

Les recommandations contenaient en outre l'interdiction de parachutes dorés et d'indemnités de départ, la publication par le conseil d'administration d'un rapport de rémunération à l'intention de l'assemblée générale, la possibilité de procéder à un vote consultatif de l'assemblée générale sur le rapport de rémunération ainsi qu'une transparence accrue dans le domaine des rémunérations versées aux membres du conseil d'administration et de la direction.

Ces dernières années, le Code est devenu un document de référence pour la plupart des sociétés suisses cotées.

### *c) Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA*

La FINMA a émis en 2009 une circulaire dans laquelle elle dresse dix principes pour les établissements financiers concernant les rémunérations (annexe 4d<sup>13</sup>). Cette circulaire souligne l'importance des rémunérations variables dans la prise de conscience des risques au sein de la société. Elle met en outre en évidence la pertinence de lier les rémunérations au développement futur de la performance.

### *Conclusion*

La présentation des documents ci-dessus a pour objectif de démontrer que la question des rémunérations élevées et des droits des actionnaires relatifs aux rémunérations ne représente pas une problématique nouvelle, mais qu'elle a déjà fait l'objet de débats et de mesures par le passé. Tel qu'expliqué plus haut, les sociétés cotées en Bourse sont actuellement déjà soumises à une obligation stricte en matière de transparence. En outre, elles respectent déjà de nombreux principes en matière de rémunérations.

## *2. Situation actuelle*

Selon une étude d'Ethos publiée le 5 septembre 2012 concernant le « Say on Pay » en Suisse et portant sur 20 sociétés du SMI, 17 d'entre elles prévoyaient déjà un vote consultatif sur le

---

<sup>13</sup> Circulaire 2010/1 Systèmes de rémunération (normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers)

rapport de rémunération ou le système de rémunération<sup>14</sup>. L'étude montre également que depuis 2009 se dessine une tendance marquée vers la mise en œuvre d'un vote consultatif sur les rapports ou les systèmes de rémunération. En 2008, par exemple, aucune des sociétés du SMI ne procédait à un vote consultatif.

## **VI. Le traitement parlementaire de l'initiative Minder**

Le traitement parlementaire de l'initiative Minder est apparu particulièrement délicat et long, ce qui illustre la complexité de la problématique. Divers projets distincts se sont opposés, tels que des contre-projets directs ou des propositions indirectes de révisions du droit sur la société anonyme. Ceux-ci sont disponibles en annexe 5a<sup>15</sup>. En cas d'acceptation de l'initiative Minder, il faut ainsi craindre la réapparition de ces mêmes controverses et, partant, de nouveaux débats interminables.

## **VII. Droit constitutionnel**

L'initiative Minder se présente nécessairement sous la forme d'une initiative constitutionnelle. En effet, une initiative populaire portant révision de la loi ne peut être conçue qu'en termes généraux<sup>16</sup>. L'initiative nécessite cependant une double concrétisation au niveau de la loi (droit civil et droit pénal). Il convient à ce sujet d'émettre les remarques suivantes :

- Les exigences de l'initiative relèvent du droit de la société anonyme, comme l'illustre l'objectif de l'initiative, qui poursuit une « gestion d'entreprise durable ». En cas d'acceptation de l'initiative Minder, des principes pourtant relevant du droit de la société anonyme se retrouveraient hors contexte et inutilisés à l'échelon constitutionnel. Le droit de la société anonyme n'a cependant rien à faire au niveau constitutionnel. Le contre-projet, contrairement à l'initiative, trouve concrétisation en dessous de la Constitution, à savoir au niveau de la loi. Une acceptation du contre-projet entraînerait une réforme directe du droit de la société. Une acceptation de l'initiative nécessiterait de reprendre à zéro tout le processus législatif.

---

<sup>14</sup> <http://www.ethosfund.ch/upload/publication>

<sup>15</sup> Cf. à ce sujet également l'aperçu du processus de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable en annexe 5b

<sup>16</sup> Cf. art. 139, al. 4, Cst.

- Il est en outre à noter que les règles actuelles du droit de la société anonyme, qui ont été émises par le législateur fédéral – la Constitution fédérale attribue en effet à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit civil et de procédure civile (art. 122, al. 1, Cst.) –, sont subordonnées aux dispositions constitutionnelles. La garantie de la propriété (art. 26, Cst.), la liberté économique (art. 27, Cst.) et les principes de l'ordre économique (art. 94, Cst.) doivent ainsi être observés, le droit civil devant en effet se tenir aux règles constitutionnelles et être interprété en tenant compte des droits fondamentaux. Personne n'a d'ailleurs encore jamais remis en doute la constitutionnalité du droit de la société anonyme. Tant l'initiative et sa législation d'exécution que le contre-projet indirect doivent observer les exigences du droit constitutionnel. Il est donc illusoire de prétendre que l'initiative constitutionnelle est au-dessus voire meilleure d'un point de vue formel que le contre-projet indirect, qui présente lui aussi une dimension constitutionnelle. En outre, l'initiative constitutionnelle devra également faire l'objet d'une concrétisation en normes légales. En conclusion : il n'est pas nécessaire d'élaborer des principes constitutionnels pour renforcer les droits des actionnaires et améliorer la gouvernance d'entreprise.

Il convient cependant de souligner que la création d'un droit pénal spécial dans le domaine des rémunérations est préjudiciable à la place économique suisse. De telles normes pénales entreraient d'ailleurs en conflit avec l'obligation constitutionnelle de « créer un environnement favorable au secteur de l'économie privée » (cf. art. 94, al. 3, Cst.).

- Le texte de l'initiative entend protéger le statut de propriétaire des actionnaires. Or, en procédant à l'achat d'actions, ceux-ci acquièrent une participation à une société et bénéficient ainsi déjà d'une protection sur leur propriété privée. Certes, ils ne sont pas les propriétaires des actifs de l'entreprise – ceux-ci appartenant à l'assemblée générale – et ne sont que les propriétaires économiques de l'entreprise<sup>17</sup>. Toutefois, la propriété économique bénéficie elle aussi de la protection de la garantie de la propriété<sup>18</sup>. Même si elle le voulait, l'initiative ne pourrait rien y changer.

---

<sup>17</sup> « La propriété économique ne doit pas être comprise comme un type particulier de propriété. Il pourrait être judicieux d'accorder une plus grande importance à l'élément économique d'un événement plutôt qu'à son aspect civil. » Arthur Meier-Hayoz, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Commentaire bernois, volume IV/1/1, partie systématique et dispositions générales, art. 641-654 CC, 1981, N 362

<sup>18</sup> La garantie de la propriété couvre tous les droits patrimoniaux du droit privé ainsi que les droits dits acquis du droit public. Selon la jurisprudence du TF, la garantie de la propriété ne s'étend pas seulement sur la propriété de biens mobiliers et immobiliers, mais aussi sur les autres droits réels restreints, sur les droits découlant d'obligations, sur la propriété intellectuelle, sur les droits acquis et sur la possession (ATF, 120 Ia 120, 121, Pra 1995, n° 23, 90). Bénéficiaire de cette protection non seulement les intérêts juridiquement reconnus, mais aussi certains intérêts factuels. « Il a été reconnu dans certains arrêts précédents qu'une privation d'avantages factuels pouvait causer un tort pour le propriétaire tout aussi important qu'une restriction de ses droits » (ATF 126 I 216 ; confirmation pratique : 1P.134/2000, E. 2d). Voir à ce sujet Ehrenzeller/ Mastronardi/ Schweizer/ Vallender, *Die schweizerische Bundesverfassung*, commentaire, 2<sup>e</sup> édition, 2008, art. 26 N 15, 16. Les actionnaires étant pro-

- Les exigences de l'initiative nécessitent encore une concrétisation au niveau de la loi. Or, il s'agirait en l'occurrence d'une procédure triple : à la suite d'une éventuelle acceptation du texte de l'initiative, le processus législatif devra être lancé. Or, une législation d'exécution ne pouvant aboutir dans un délai d'une année, le Conseil fédéral sera contraint d'élaborer une ordonnance d'exécution supplétive, assortie de dispositions pénales. Il faudra ensuite à nouveau publier un projet de loi portant révision du droit de la société anonyme (avec message du Conseil fédéral), qui fera l'objet de discussions au sein des deux chambres du parlement. Une fois résolues les divergences qui ne manqueront pas de surgir durant les débats, il sera procédé au vote final. Enfin, le texte pourra encore être soumis à référendum. La voie proposée par l'initiative paraît donc longue et tortueuse, alors que le contre-projet indirect encourt uniquement le risque – d'ailleurs faible – d'un référendum. En effet, les dispositions de la modification du 16 mars 2012 s'appliqueraient dès son entrée en vigueur à toutes les sociétés existantes (cf. art. 1, al. 2, ch. III Dispositions transitoires sur la modification du 16 mars 2012 du droit des obligations). En outre, les sociétés seraient tenues d'adapter leurs statuts et leurs règlements dans un délai de deux ans (cf. art. 2, ch. III). Par ailleurs, les dispositions concernant l'approbation du règlement de rémunération et du montant global des rémunérations de base des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif s'appliqueraient au plus tard à partir de la première assemblée générale ordinaire tenue au moins six mois après l'entrée en vigueur de la modification du 16 mars 2012 (cf. art. 3, al. 1, ch. III). Par ailleurs, l'acceptation de l'initiative nécessiterait encore l'élaboration complexe de dispositions pénales (cf. ci-après), si bien qu'une entrée en vigueur ne pourrait avoir lieu avant le 1<sup>er</sup> janvier 2017. D'ici cette date, c'est l'ordonnance d'exécution, que le Conseil fédéral aurait à émettre avant le mois de mars 2014, qui ferait foi. L'acceptation de l'initiative Minder impliquerait donc une situation juridique discontinue et ponctuée de modifications de la loi, qui mettrait à mal la sécurité juridique et ainsi la place économique suisse.

- Elaboration de règles contraignantes selon le texte de l'initiative ?

Certains auteurs soutiennent que les règles du texte de l'initiative ne présentent pas de caractère contraignant. Se fondant sur la phrase introductive du projet d'article 95, al. 3, ceux-ci soulignent que les 24 exigences définies aux lettres a à d sont présentées comme des « principes » et que, par définition, il requièrent donc encore une concrétisation. Même une interprétation systématique du projet d'article 95, al. 3, qui prendrait place dans la section « Economie » de la Constitution (art. 94-107, Cst.) garantissant le caractère intangible de la liberté de contracter, impliquerait, selon certains auteurs, la création de règles dispositives.

---

propriétaires de leurs actions ainsi que propriétaires économiques de la société, ils détiennent un intérêt factuel sur les actifs de la société et bénéficient donc de la protection de la garantie de la propriété.

En effet, des règles contraignantes relevant du droit de la société anonyme entreraient en conflit avec la liberté de contracter définie dans la Constitution. En outre, une interprétation téléologique de l'initiative aboutit elle aussi à la nécessité d'élaborer des règles dispositives. En effet, l'initiative a pour objectif d'améliorer la gouvernance d'entreprise de sociétés ouvertes au public dans l'intérêt des actionnaires. Or, pour protéger les intérêts des actionnaires, une marge de manœuvre (règles dispositives) doit être laissée dans la mise en œuvre de l'initiative<sup>19</sup>. Ainsi, toutes ces différentes interprétations, aussi bien intentionnées qu'elles soient, s'opposent à l'énoncé des exigences de l'initiative, qui demandent l'élaboration de normes contraignantes.

## **VIII. Droit pénal**

### **1. Exigences des initiants**

L'initiative assortit les dispositions définies aux lettres a-c (cf. annexe 1 sur les trois lettres de l'initiative) de sanctions pénales. Les pratiques suivantes tomberaient ainsi sous le coup de ces sanctions :

- Non-respect du vote annuel de l'assemblée générale sur la somme globale des rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif ; non-respect de l'élection annuelle du président du conseil d'administration, de chacun des membres du conseil d'administration, du comité de rémunération et du représentant indépendant ; vote des caisses de compensation contraire aux intérêts des assurés ou manquements dans la divulgation de leurs votes ; non-respect des règles relatives au vote à distance ; représentation des actionnaires par un membre d'un organe de la société ou par un dépositaire (let. a).
- Perception de rémunérations interdites (indemnités de départ ou rémunérations anticipées, primes pour des achats ou des ventes d'entreprises) ; non-respect de l'interdiction pour les membres des organes de conclure d'autres contrats ; délégation interdite de la gestion de la société à une autre personne morale (let. b).
- Règlement insuffisant ou non-respect des règles statutaires sur le montant des rentes, des crédits et des prêts octroyés aux membres des organes ; non-respect des plans de bonus et de participation ainsi que du nombre de mandats externes de ces derniers, de même que de la durée des contrats de travail des membres de la direction (let. c).

---

<sup>19</sup> Cf. Häusermann, RSJ 2012, 537 ss. ; cf. également NZZ du 30 novembre 2012, p. 25

## 2. Vives préoccupations concernant les dispositions pénales spéciales

La disposition proposant des sanctions pénales suscite de vives préoccupations. Celles-ci sont d'ordre général ou portent sur le caractère technique de la disposition pénale ainsi que sur les conséquences qu'elle entraînerait sur la sécurité juridique. De manière générale, il y a lieu de garder une grande retenue au moment d'introduire des sanctions pénales visant à punir le non-respect d'obligations relevant du droit civil<sup>20</sup>. L'équilibre des intérêts au niveau civil doit pouvoir être garanti par des actions civiles en exécution et/ou en dommages-intérêts.

Or, de lege lata, cet équilibre est déjà garanti. Le droit de la société anonyme propose en effet déjà des outils visant à empêcher et punir les actes contraires aux lettres a-c, telle que, notamment, l'obligation de restituer des prestations perçues indûment<sup>21</sup>. En cas de rémunération disproportionnée, il sera possible avec le contre-projet d'intenter une action en responsabilité (art. 756, al. 2, OR révisé) ; cette voie sera garantie, même en cas d'approbation préalable de l'assemblée générale.

La pertinence d'appliquer le droit pénal doit être examinée uniquement dans les cas où l'acte délictueux porte également préjudice à des intérêts majeurs de la société. Il y a lieu dans ces cas de se demander tout d'abord si le droit pénal général et les peines pénales prévues pour les délits contre la fortune ne constituent pas déjà des outils suffisants et s'il vaut vraiment la peine de concevoir des dispositions pénales spéciales. Comme l'a souligné la Ministre de la justice Simonetta Sommaruga devant le parlement, la création de nouvelles dispositions pénales apparaît dans le cas présent inutile :

«Il y a lieu de se demander, d'une part, si la voie pénale est indiquée pour contrer des excès en matière de rémunération, d'autre part, si elle constitue un moyen de lutte efficace dans ce registre. Ces questions sont d'autant plus pertinentes que le droit actuel de la société anonyme propose déjà des outils adéquats visant à empêcher et punir les actes contraires au règlement de rémunération et dont le contre-projet indirect examiné ici renforce la portée, p. ex. action en restitution. De l'avis du Conseil fédéral, on peut se demander quelles infractions censées tomber sous le coup de la nouvelle disposition pénale n'entreraient pas, déjà, dans le champ d'application d'une disposition pénale en vigueur. Un membre du conseil d'administration qui ignore volontairement le règlement de rémunération et cause ainsi un dommage à la société viole son devoir de diligence et se rend coupable de gestion déloyale. Un membre du conseil d'administration qui ignore volontairement le règlement de rémunération et occulte son comportement, en falsifiant

<sup>20</sup> Cf. à ce sujet l'avis du Conseil fédéral du 17 novembre 2010 (ATF 2010 8328 f.)

<sup>21</sup> L'art. 678, CO garantit déjà aux actionnaires le droit d'intenter une action civile en restitution contre les actionnaires et les membres du conseil d'administration, ainsi que contre les personnes qui leur sont proches qui ont perçu indûment et de mauvaise foi des prestations de la part de la société. Cf. Meier-Hayoz/Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 11<sup>e</sup> édition, 2012, § 16 N 222 ; Böckli, *Schweizerisches Aktienrecht*, 4<sup>e</sup> édition, 2009, §12 N 560 ss.

par exemple le rapport de rémunération, se rend coupable, selon les circonstances, d'une escroquerie ou d'un faux dans les titres.»<sup>22</sup>

Dans leur gouvernance, les sociétés anonymes sont subordonnées aux actionnaires, ce qui est suffisant.

Quand des intérêts publics sont en jeu, comme dans le cas des grandes banques dites «too big to fail», il y a lieu de faire usage d'outils supplémentaires de surveillance, mais pas de dispositions pénales spéciales.

Certes, ces dernières années, il a été fait davantage usage de la voie pénale, mais cela ne justifie en rien un usage quasi automatique de celle-ci.

C'est le domaine de l'économie qui fait preuve de l'opposition la plus marquée contre la création de normes pénales supplémentaires. Il n'est en effet pas d'entreprise active au niveau international qui puisse se permettre qu'elle-même ou sa direction soit impliquée dans une procédure pénale. Il convient de noter qu'une procédure pénale, voire sa simple ouverture, peut avoir de lourdes conséquences pour l'entreprise et menacer son existence même, et ce, que la procédure aboutisse finalement à sa culpabilité ou à son acquittement. Criminaliser l'activité économique, c'est courir le risque de causer la fuite des entreprises à l'étranger.

Par ailleurs, le droit de la société anonyme (et même l'ensemble du droit des obligations) n'a jamais connu de normes pénales en dehors du CP.

Le droit pénal exige en outre une réalisation qui s'inscrive (uniquement) dans le cadre d'un concept relevant de la politique en matière de criminalité et non qui apparaisse comme un événement médiatique. « Une assemblée institutionnalisée qui anticipe les futurs développements et les traite rapidement, si besoin au travers de débats, vaut mieux qu'une gestion assurée par des chargés de communication »<sup>23</sup>.

## **2. Une initiative difficilement applicable**

En termes laconiques, le texte de l'initiative prévoit que toute violation des dispositions prévues aux lettres a à c sera sanctionnée.

Cette formulation est trop étroite et trop détaillée. En outre, elle n'est pas assez précise.

---

<sup>22</sup> Bull. off. CE 2010 1257

<sup>23</sup> Cf. Pieth, in RDS II, cahier 2, 2012, 294

La formulation choisie apparaît trop étroite, car elle lie excessivement le législateur pénal. Il lui sera ainsi d'autant plus difficile d'intégrer les pratiques mentionnées aux lettres a à c. dans le système du droit pénal de manière adéquate et proportionnelle aux montants impliqués. Le législateur se voit en quelque sorte contraint d'inscrire les prescriptions en bloc, sans pouvoir adapter ce bloc de manière optimale à la structure pénale existante.

La formulation présente également des contours mal définis. En effet, elle est imprécise quant au bien juridique censé être protégé et ne définit pas les notions d'auteur et de lésé. Dans le cas présent, ce manque de clarté apparaît des plus problématiques, puisque le législateur est lié de manière étroite par la définition des pratiques délictueuses.

Les indications dont dispose le législateur pénal relatives aux pratiques illicites sont formulées de telle sorte que celui-ci ne peut ni n'est en droit de procéder à presque aucune adaptation. Or, il devrait pouvoir le faire, dans la mesure où les normes pénales qu'il adopte doivent respecter le principe fondamental de précision garanti par le droit constitutionnel et le droit conventionnel ainsi que par l'art. 1, CP. Conformément au principe de précision, le destinataire de la norme doit pouvoir distinguer les comportements qu'elle autorise de ceux passibles d'une sanction pénale. Il doit pouvoir connaître les limites de sa liberté et identifier ce qu'il est en droit de faire et ce qu'il n'est pas en droit de faire. De la même manière, le juge doit pouvoir savoir dans quels cas il doit prononcer une peine et dans quels cas il doit acquitter<sup>24</sup>.

En résumé, l'initiative soulève de nombreuses questions :

- L'initiative est peu claire quant au bien juridique même qu'elle est censée protéger, pourtant central en droit pénal. La fonction du droit pénal est en effet, notamment, d'apporter une protection renforcée aux biens protégés par le droit (dit biens juridiques). C'est pourquoi il n'existe pas et il ne peut être émis de dispositions pénales qui ne portent sur aucun bien juridique<sup>25</sup>. De la même manière, l'initiative ne permet pas de savoir avec précision si cette norme s'apparente à une protection contre les infractions contre le patrimoine ou à une protection de la place financière, par exemple contre les délits boursiers.
- La propriété et le patrimoine bénéficient déjà d'une protection (art. 137 ss., CP). L'entreprise elle-même ne requiert pas de protection face à ses propres actionnaires. En outre, certains cas de non-respect des dispositions définies aux lettres a à c tombent également sous le champ d'application de l'art. 251, CP portant sur les faux dans les titres, par exemple lorsqu'un membre du conseil d'administration ne respecte pas le règlement de rémunération et occulte son comportement, en falsifiant par exemple le rapport de rémunération. Dans de tels cas, la protection de la sécurité et de la fiabilité de la relation juridique est garantie avec des

---

<sup>24</sup> Trechsel/Noll, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 5<sup>e</sup> édition, 1998, p. 70

<sup>25</sup> Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 3<sup>e</sup> édition, 2005, §3 N 6

actes en tant que moyen de preuve et la confiance publique dans les preuves documentaires est conservée<sup>26</sup>.

- L'initiative ne définit pas la notion d'auteur. Qu'en est-il des délits propres à la fonction de conseil d'administration ?
- L'initiative est imprécise quant à la notion de lésé.
- La question du dommage joue-t-elle un rôle ?
- La hauteur des sanctions doit-elle varier en fonction du montant impliqué dans la violation contre les dispositions définies aux lettres a à c ?

Finalement, il en ressort que la concrétisation de l'initiative nécessiterait la création d'un ordre pénal distinct, ce qui serait ardu, demanderait un investissement en temps important et soulèverait de nombreuses discussions. Rien ne peut en outre garantir qu'une solution commune pourrait être trouvée.

## **IX. Conception de la société anonyme**

Il convient à présent d'aborder brièvement la forme juridique de la société anonyme. La forme juridique de la société anonyme du CO est une institution séculaire qui tire son origine des concessions qu'émettait l'Etat. Elle est aujourd'hui l'une des formes de société disponibles (système normatif). Les normes du CO représentent en grande partie un modèle contractuel standardisé, modelable de diverses manières par les statuts définis par les actionnaires. La responsabilité limitée à la fortune de la société anonyme ainsi que sa personnalité juridique en sont les éléments centraux. La société anonyme constitue l'entreprise des actionnaires, dont ils peuvent faire usage librement. Ils doivent toutefois tenir compte des intérêts des autres stakeholders, qui, en général, jouissent de droits légaux (p. ex. intérêt publics au travers des impôts) ou contractuels (intérêts des employés) clairement définis.

Liberté de propriété signifie aussi liberté d'organisation de l'usage de la propriété. Le droit de la société anonyme ne connaît pas d'obligation de vote ; il ne contient même pas de devoir de fidélité pour les actionnaires. Ceux-ci bénéficient du droit de vote et d'élection et peuvent quitter la société à tout moment (vente).

---

<sup>26</sup> Niggli/Wiprächtiger, *Strafgesetzbuch II, Art. 111-392 StGB*, Commentaire bâlois, 2<sup>e</sup> édition, 2007, avant art. 251 N 5

Le conseil d'administration est confronté à un certain conflit d'intérêts dans les questions qui lui concernent. Pour résoudre cette situation, les décisions liées aux questions de rémunération sont placées sous la compétence de l'assemblée générale. En revanche, c'est au conseil d'administration que revient la compétence de prendre des décisions relatives à la direction. Si l'assemblée fédérale pouvait décider de la rémunération de la direction, il en résulterait une atteinte au principe de parité.

Les normes impératives ont principalement pour fonction de garantir la sécurité dans les relations juridiques, mais également de prévenir au travers du juge civil tout abus que pourraient commettre les organes ou la majorité des actionnaires. La transparence revêt en ce sens une importance capitale, car, comme l'a dit Braindies en 1913 : « Sunlight is said to be the best of disinfectants. »

L'initiative Minder s'adresse à toutes les sociétés suisses cotées en Bourse à l'étranger ou en Suisse. Certes, la cotation en Suisse est soumise à des normes relevant du droit boursier (LBVM et RC), cependant le droit de la société anonyme comporte lui aussi des règles spéciales pour les sociétés cotées, notamment dans le domaine des échanges d'actions (transfert) (art. 685d ss., CO), de la révision (art. 727 ss., CO) et du devoir d'information (Art. 663b<sup>bis</sup> ss., CO). A ces normes s'ajoutent les nouvelles normes du contre-projet relatives aux rémunérations (art. 731c ss., CO rév.). S'il n'est pas nécessaire de se pencher davantage sur ces dispositions, il convient cependant de souligner une fois encore que le contre-projet tout comme l'initiative, qui nécessite une concrétisation au niveau de la loi, proposent une réglementation détaillée en droit de la société anonyme. Si les principes en la matière contenus dans le contre-projet sont connus, il reste à se pencher sur les exigences définies par l'initiative s'inscrivant dans le droit de la société anonyme.

## **X. Comparaison initiative Minder / contre-projet**

### *1. Remarques préliminaires*

Outre plusieurs divergences, deux points communs majeurs sont à mettre en évidence entre l'initiative Minder et le contre-projet : premièrement, les deux projets ont pour objectif de renforcer les droits des actionnaires en matière de rémunérations versées au conseil d'administration et à la direction. Deuxièmement, ils soutiennent un transfert de compétence du conseil d'administration vers l'assemblée générale. Ainsi, les actionnaires – les *principals* en anglais – devraient exercer un contrôle renforcé sur le conseil d'administration et la direction - les *agents* en anglais – en matière de rémunérations.

Il convient d'emblée de noter, avant d'aborder toute comparaison entre l'initiative Minder et le contre-projet, que l'initiative nécessiterait encore une concrétisation au niveau du droit de la société anonyme.

Une comparaison détaillée point par point paraît ainsi ardue et peu indiquée. Toutefois, il semble opportun de se pencher sur les thèmes et la teneur des réglementations proposées par les deux projets.

Le contre-projet se présente sous la forme d'articles relevant du droit de la société anonyme, qui non seulement portent sur la question des rémunérations, mais proposent également le renforcement des droits des actionnaires dans d'autres domaines, tels que l'utilisation de moyens électroniques pour faciliter l'exercice du droit de vote. En outre, il ne concerne pas seulement les sociétés cotées, ce qui revêt une importance particulière notamment en ce qui concerne la révision de l'art. 678, CO (restitution aux sociétés de rémunérations perçues indûment et qui sont en disproportion avec leur contre-prestation). Une acceptation de l'initiative entraînerait ainsi non seulement l'annulation du chapitre «Indemnités dans les sociétés dont les actions sont cotées en Bourse» (chapitre E. art. 731c – 731l, CO rév.), mais également de l'ensemble du projet de loi.

En outre, il est à souligner que l'initiative Minder ne prévoit ni règlement de rémunération ni rapport de rémunération. Or, ce sont là deux éléments indispensables pour garantir la création de relations suffisamment claires. Le contre-projet contient ces deux éléments.

Le règlement de rémunération contient les normes de base et les principes pour la définition des rémunérations des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif (art. 731d, al. 1, CO rév.). Celui-ci définit en particulier (I) les rémunérations de base ainsi que (II) les rémunérations supplémentaires éventuelles (art. 731d, al. 2, ch. 2 et ch. 3, CO rév.). Le règlement de rémunération – ainsi que toutes ses modifications éventuelles – étant soumis à l'approbation des actionnaires, il garantit à ceux-ci la possibilité d'exercer une influence directe sur la structure des rémunérations.

Le rapport de rémunération sert d'une part à rendre compte du respect des exigences, d'autre part à assurer la transparence. Par ailleurs, il ne suscite aucune résistance de la part des sociétés cotées, qui sont déjà tenues de publier leurs comptes (art. 697h, CO). Pour assurer une meilleure transparence dans l'intérêt des actionnaires, il importe donc de prévoir l'obligation de publier un rapport de rémunération. La partie du rapport consacrée au respect des exigences impose au conseil d'administration de rendre compte de l'observation de la loi, du règlement de

rémunération ainsi que, le cas échéant, des statuts. Par ailleurs, le conseil d'administration est tenu de justifier dans le rapport de rémunération les rémunérations des membres du conseil d'administration, de la direction ainsi que du conseil consultatif. Le rapport de rémunération est donc un document nécessaire pour garantir aux actionnaires qu'ils pourront exercer leurs droits en toute connaissance de cause. La partie du rapport visant à garantir la transparence contient les rémunérations effectivement versées et se fonde en très grande partie sur le droit actuel (cf. art. 731f et 731g, CO rév.).

Conformément à l'art. 731e, al. 2, CO rév., pour la publication du rapport de rémunération, les dispositions sur la communication du rapport de gestion sont applicables par analogie. Ainsi, le rapport de rémunération doit être mis à la disposition des actionnaires au siège de la société au plus tard 20 jours avant l'assemblée générale et un exemple peut, sur demande, leur être délivré (cf. art. 696, al. 1, CO). Chaque actionnaire est ainsi en droit d'exiger la transmission du rapport de rémunération (art. 731e, al. 2, CO rév. en lien avec art. 696, al. 3, CO). L'approbation par l'assemblée générale ne conduit pas à une restriction de la responsabilité du conseil d'administration. Elle ne représente donc pas une protection, pas plus, d'ailleurs, que la décharge.

Conclusion intermédiaire: il est à noter que le contre-projet indirect va même plus loin que l'initiative. En effet, le contre-projet prévoit l'obligation de fixer les rémunérations en considération de la situation économique de l'entreprise et de sa prospérité à long terme ainsi qu'en adéquation avec les tâches, la prestation et la responsabilité du bénéficiaire (art. 717, al. 1<sup>bis</sup>, CO rév.). En outre, il impose aux sociétés l'élaboration d'un règlement de rémunération, qui doit être approuvé par l'assemblée générale. Les rémunérations doivent être publiées dans le rapport de rémunération, qui fait ensuite l'objet d'un examen par l'organe de révision (art. 728a, al. 1, ch. 4, CO rév.). Ces dispositions garantissent aux actionnaires une protection étendue. C'est le renforcement par le contre-projet de l'art. 678, OR qui donne force à cet appareil normatif. Celui-ci contraint à restituer les prestations qui sont en disproportion avec leur contre-prestation (restitution : cf. annexe 2). Par ailleurs, le contre-projet permet d'intenter des actions en responsabilité même en cas d'approbation préalable par l'assemblée générale.

## 2. *Les différences essentielles du point de vue du contre-projet*

- La différence centrale entre les deux projets est l'absence pour le contre-projet de dispositions pénales et l'introduction pour le texte de l'initiative de sanctions pénales pour les conventions aux nouvelles règles. Il y a lieu ici de s'interroger à juste titre sur la nécessité

d'imposer des normes pénales<sup>27</sup>. Une disposition pénale ne saurait en effet être formulée ainsi : « Toute violation des dispositions prévues aux lettres a à c sera sanctionnée d'une peine privative de liberté de trois ans au plus et d'une peine pécuniaire pouvant atteindre six rémunérations annuelles. »

La mise en œuvre de l'initiative nécessiterait l'élaboration de dispositions pénales détaillées et distinctes pour chacune des normes définies aux lettres a à c. Cette concrétisation pénale représenterait un travail important sans garantie de résultat. En outre, un tel appareil pénal aurait du mal à trouver sa place dans le droit de la société anonyme ainsi que dans le droit pénal économique.

- L'initiative entend intégrer de nombreuses règles directement dans les statuts, alors que le contre-projet opte pour le règlement de rémunération. L'initiative entraîne ainsi avec elle le risque d'une surcharge des statuts. Le contre-projet quant à lui confère au règlement de rémunération un caractère juridique proche de celui d'un statut (approbation de l'assemblée générale, obligation pour le conseil d'administration de respecter les dispositions, obligation d'information, révision, objet et motif d'action en justice).
- L'initiative entend conférer un caractère contraignant au vote sur les rémunérations versées à la direction. Dans le contre-projet aussi, le vote sur les rémunérations présente un caractère contraignant, à moins que les actionnaires en décident autrement dans les statuts (caractère consultatif). Il y a lieu de rappeler que les actionnaires sont en droit de refuser en bloc les propositions s'ils ne sont pas satisfaits.
- L'initiative entend ni plus ni moins interdire totalement diverses formes de rémunération (prime pour des achats ou des ventes d'entreprise, indemnité de départ, rémunération anticipée), alors que le contre-projet ne prévoit pas d'interdiction absolue en la matière, mais préfère laisser la liberté de décision au conseil d'administration et l'assortir du devoir de transparence et de l'obligation de faire voter l'assemblée générale (en partie à la majorité qualifiée).
- L'initiative entend imposer un rythme annuel à l'élection des membres du conseil d'administration, alors que le contre-projet autorise la société à prévoir elle-même dans les statuts la durée de fonction, qui ne peut toutefois excéder trois ans.  
Réduire à un an la durée de fonction des membres du conseil d'administration soulève de nombreuses oppositions et ne joue donc pas en faveur de l'initiative Minder. L'assemblée générale doit pouvoir décider librement de l'organisation de la société. Une durée de fonction d'une année ne permet pas de réflexions à long terme et ne représente pas une période suffisante pour l'acquisition des connaissances nécessaires à l'exécution de la fonction de

---

<sup>27</sup> Cf. explications du point VIII

membre. En outre, une élection requiert évidemment l'acceptation de la personne élue. Or, une réduction à un an de la durée de fonction présente le risque que les membres du conseil d'administration renoncent à renouveler leur mandat, surtout en période de crise. Par ailleurs, ont l'oublie souvent, le droit actuel permet déjà à l'assemblée générale de révoquer à tout moment les membres du conseil d'administration (art. 705, CO).

- Conformément à l'initiative, il revient à l'assemblée générale d'élire le président du conseil d'administration. Le contre-projet, lui, entend permettre une nomination du président par le conseil d'administration, en vertu des règles statutaires (comme cela est déjà le cas aujourd'hui). L'initiative implique un renversement du système actuel, qui exige une base statutaire pour une élection du président par l'assemblée générale. Sur ce point également, les deux projets ne diffèrent pas grandement l'un de l'autre. La différence majeure qui se dessine entre les deux projets est la liberté qu'accorde le contre-projet aux actionnaires pour décider de l'organisation de leur société.
- L'initiative Minder prévoit également une élection individuelle par l'assemblée générale des membres du comité de rémunération. De manière indirecte, elle prévoit ainsi également l'obligation de créer un comité de rémunération. Au vu de l'influence importante qu'exercent les actionnaires sur les revenus (approbation du règlement de rémunération et vote contraignant sur le montant total des rémunérations versées au conseil d'administration, au conseil consultatif et éventuellement aussi à la direction), compte tenu de l'obligation étendue en matière de respect des nouvelles dispositions (rapport de rémunération et révision de celui-ci par un comité de révision), cette exigence paraît excessive. Par ailleurs, la mise sur pied de comités de rémunération est actuellement déjà monnaie courante.
- L'initiative entend rendre obligatoire la possibilité pour les membres de l'assemblée générale de voter par voie électronique ainsi que la possibilité de convoquer des assemblées générales électroniques à distance, alors que le contre-projet exige en la matière une base statutaire. Or, personne ne remet en doute la nécessité d'une réglementation statutaire pour l'exercice des droits des actionnaires et la convocation d'une assemblée générale électronique. Le contre-projet offre le cadre indispensable à une telle réglementation et ainsi les conditions essentielles pour garantir la sécurité juridique
- L'initiative demande une limitation statutaire du nombre de mandats externes des membres du conseil d'administration et de la direction. Elle exige en effet de ceux-ci qu'ils se consacrent entièrement à la société et n'assument pas plusieurs mandats au sein d'autres sociétés, par exemple en tant que membre du conseil d'administration. Le contre-projet préfère quant à lui l'obligation de transparence, ce qui est suffisant.

- Les initiants entendent interdire les contrats multiples. Cette interdiction, qui repose sur l'obligation de publier également les contrats conclus avec les autres entreprises de la même société, a pour (seul) objectif d'empêcher un contournement de la loi. Or, l'obligation de publier et d'approuver les rémunérations directes et indirectes suffit à prévenir un contournement de la loi. En effet, les rémunérations versées par des filiales de la même société sont des rémunérations indirectes. Les dispositions du droit actuel constituent en ce sens des outils suffisants (art. 663<sup>bis</sup>, CO).

En somme, l'initiative entend atteindre ses objectifs en introduisant des normes et interdictions strictes ainsi que des dispositions pénales, alors que le contre-projet souhaite donner plus de pouvoirs aux actionnaires dans la gestion de la gouvernance d'entreprise en améliorant leurs droits et en renforçant la transparence. Cet arsenal de normes de renforcement comprend également des mesures de correction (restitution et responsabilité).

L'aspect temporel joue ici également un rôle crucial : alors que le contre-projet est proposé dans sa version finale, dans le cas de l'initiative, le processus législatif ne pourrait commencer qu'après son éventuelle acceptation.

### **3. Survol des exigences des initiants et règlement du contre-projet (voir annexe 6)**

#### *3.1 Survol*

Les initiants présentent leurs exigences en 24 points ; c'est sur ces 24 points qu'ils entendent se fonder pour examiner la prise en compte de leur texte. Le contre-projet indirect a importé cinq de ces points directement dans le texte de loi<sup>28</sup>. Il convient donc de procéder à un examen des autres points exigés par les initiants. Les différences entre les deux projets tiennent en grande partie au fait que ces points font l'objet d'une concrétisation dans le règlement de rémunération – défini par l'assemblée générale et uniquement modifiable par celle-ci – et non pas directement dans les statuts. La pratique du droit a cependant toujours cherché à garantir la

---

<sup>28</sup> Pour le survol des différents points, les numéros des exigences des initiants ont été utilisés (cf. IV. 1.) :

7. Vote de l'AG sur le montant global de toutes les rémunérations du conseil d'administration (cf. art. 731k, al. 1, ch. 1 et 2, CO rév.). En vertu du principe *principal-agent*, il est logique que les actionnaires puissent, en tant que *principals*, définir avec le conseil d'administration (*agent*) les conditions contractuelles.

9. Vote de l'AG sur le montant global de toutes les rémunérations du conseil consultatif (cf. art. 731j, al. 1, ch. 3 et ch. 4, CO rév.)

20. aucune représentation du droit de vote d'organes et d'actions en dépôt (cf. art. 689c, al. 5, CO rév.)

22. Transparence des caisses de pension : divulgation de leur vote (cf. art. 71a, al. 2, LPP)

clarté et la lisibilité des statuts et à ne pas les surcharger<sup>29</sup>. Il est donc préférable de ne pas charger les statuts de règles portant sur les rémunérations, mais de les introduire dans un règlement de rémunération spécial, qui présentera juridiquement pour ainsi dire le caractère d'une disposition statutaire. Il convient de se pencher particulièrement sur les exigences suivantes :

### 3.2 Exigences Minder : explications détaillées

#### 1-3. Statuts : montant des rentes, des crédits et des prêts prévus pour les membres du conseil d'administration et de la direction

Si l'initiative prévoit une réglementation au niveau des statuts du montant des rentes, des crédits et des prêts prévus pour les membres du conseil d'administration et de la direction, le contre-projet indirect opte pour la définition de principes de base dans le règlement de rémunération. L'option choisie par le contre-projet est la seule à suivre, puisque les rentes, les crédits et les prêts font également partie du chapitre «Indemnités» (chapitre E., art. 731c ss., OR rév.). Une définition du montant des rentes, des crédits et des prêts dans le règlement de rémunération, suivie d'une publication dans le rapport de rémunération, apparaît ainsi bien plus appropriée qu'une réglementation dans les statuts.

#### 2. Statuts : plans de bonus et de participation des membres du conseil d'administration et de la direction

Une réglementation dans les statuts des plans de bonus et de participation des membres du conseil d'administration et de la direction apparaît bien trop lourde. En outre, les plans de bonus et de participation sont en général très compliqués et donc difficiles à comprendre. Par ailleurs, les statuts doivent être établis par acte authentique, ce qui entraîne des frais et des démarches longues. Il importe dès lors, comme le prévoit le contre-projet, de définir les règles de base relatives aux rémunérations dans le règlement de rémunération (art. 731d, al. 2, ch. 2 et 3, CO rév.). Bénéficiant de la même protection juridique que les statuts (art. 706, al. 1, CO rév.), le règlement de rémunération présente pour ainsi dire de toute façon un caractère statutaire.

#### 5. Statuts: nombre de mandats externes des membres du conseil d'administration et de la direction

Le texte de l'initiative exige une réglementation sur le nombre de mandats externes à la société. Le contre-projet soumet les membres du conseil d'administration et de la direction à l'obligation

---

<sup>29</sup> cf. également art. 628, al. 4, CO, qui prévoit que l'AG peut décider, après dix ans, d'abroger les dispositions statutaires sur les apports en nature ou les reprises de bien.

suffisante de publier toutes les fonctions qu'ils occupent au sein d'organes de direction, de surveillance, de conseil ou autres dans des sociétés, établissements ou fondations suisses ou étrangers, de droit privé ou de droit public (art. 731g, al. 3, ch. 1, CO rév.). L'assemblée générale jouit ici d'une influence certaine en ce sens qu'elle a la possibilité de réélire ou non les membres du conseil d'administration ou de la direction.

6. *Statuts: durée des contrats de travail des membres de la direction*

Régler dans les statuts la durée des contrats de travail des membres de la direction est tout sauf pratique. Il apparaît bien plus judicieux de définir dans le règlement de rémunération les principes directeurs concernant la durée et les modalités de résiliation des contrats qui prévoient ces rémunérations (art. 731d, al. 2, ch. 4, CO rév.). Une réglementation statutaire porterait en outre atteinte à des principes du droit de la société anonyme. La désignation des personnes chargées de la gestion appartient aux attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration (art. 716a, al. 1, ch. 4, CO), principe que l'initiative ne saurait remettre en cause. La désignation des personnes chargées de la gestion comprend également la définition des modalités d'extinction des contrats et donc la durée de ceux-ci.

8. *Concertation de l'assemblée générale sur la somme globale de toutes les rémunérations de la direction*

L'initiative Minder entend rendre les décisions de l'assemblée générale contraignantes en la matière. Le contre-projet laisse la possibilité de définir dans les statuts si les décisions de l'assemblée générale ont un caractère contraignant ou sont prises à titre consultatif (art. 731k, al. 2, CO rév.). Il y a lieu de rappeler que les statuts représentent les principes de base qu'émettent les actionnaires pour l'assemblée générale. Accorder la possibilité aux actionnaires de décider si les décisions ont un caractère contraignant ou consultatif ne représente donc aucunement un « contournement » de la loi. Par ailleurs, il est erroné de croire qu'une société cotée en Bourse puisse se permettre de ne pas tenir compte des décisions consultatives négatives de l'assemblée générale.

Pour les raisons précitées, l'art. 731k, al. 2, CO rév. établit de manière adéquate que c'est aux statuts de définir si les décisions de l'assemblée générale concernant le montant global des rémunérations de la direction présentent un caractère contraignant ou consultatif.

En outre, le montant global ainsi que l'identité du membre dont la rémunération est la plus élevée doivent être publiés (art. 731g, al. 2, CO rév.). L'indication de l'identité ne figure par ailleurs

pas dans le texte de l'initiative, qui ne mentionne que le montant global et ne propose donc rien de plus que ce qu'exige déjà le droit actuel.

10. *Aucune avance versée aux membres de conseil d'administration et de la direction*

Il y a lieu ici de distinguer entre rémunération anticipée et prime d'entrée. Le contre-projet prévoit l'interdiction des rémunérations anticipées (art. 731l, al. 1, ch. 2, CO rév.). Toutefois, il prévoit ici aussi la possibilité de dérogations, dans l'intérêt de la société ; celles-ci doivent être soumises par le conseil d'administration à l'assemblée générale (art. 731l, al. 2, CO rév.) et nécessitent la majorité qualifiée de l'assemblée générale pour être acceptées (art. 704, al. 1, ch. 9, CO rév.). Les rémunérations anticipées doivent être publiées dans le rapport de rémunération (art. 731g, al. 2, ch. 4, CO rév.). Des primes d'entrée peuvent être prévues, à condition que le règlement de rémunération le prévoit. L'approbation lors de l'assemblée générale suivante est alors nécessaire, les primes d'entrée représentant une partie des rémunérations (art. 731f, al. 2, ch. 5, CO rév.). Par ailleurs, le règlement de rémunération doit définir également les fondements et les conditions de leurs paiements (art. 731d, al. 2, ch. 7, CO rév.). Les primes d'entrée représentant des rémunérations, elles doivent aussi figurer dans le rapport de rémunération (art. 731f, al. 2, ch. 5, CO rév.). Il est d'usage de verser des primes d'entrées pour compenser des pertes subies par un employé auprès de son ancien employeur lors de son transfert vers une nouvelle société (non vested deferred compensation).

11. *Interdiction des indemnités de départ ou autre indemnités versées aux membres du conseil d'administration et de la direction, lors de leur départ*

Le contre-projet indirect prévoit également l'interdiction des indemnités de départ (art. 731l, al. 1, ch. 1, CO rév.). Le conseil d'administration peut cependant proposer à l'assemblée générale des dérogations, dans la mesure où celles-ci sont dans l'intérêt de la société (art. 731l, al. 2, CO rév.)<sup>30</sup>. L'approbation par l'assemblée générale nécessite la majorité qualifiée, à savoir les deux tiers des votes exprimés et la majorité des valeurs nominales représentées (art. 704, al. 1, ch. 9, CO rév.). L'indemnité de départ doit en outre être indiquée dans le rapport de rémunération (art. 731g, al. 2 ch. 4, CO rév.).

12-13. *Aucune prime versée aux membres du conseil d'administration et de la direction, dans le cadre de vente/achat de sociétés*

---

<sup>30</sup> L'intérêt de la société, sur lequel le comportement du conseil d'administration est légalement tenu de se fonder, est compris comme un code de conduite autonome, sans caractère normatif, défini sur la base de lignes directrices imposées par l'assemblée générale. (cf. Lambert, *Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates in der Aktiengesellschaft*, Diss. 1992). Pour tenir compte de l'intérêt de la société, il convient de considérer le but statutaire et de veiller, surtout lors de la poursuite de ce but, à assurer un accroissement durable de la valeur de l'entreprise et ainsi une maximisation de la valeur actionnariale.

Le contre-projet indirect ne prévoit pas l'interdiction absolue de ces primes. De telles primes peuvent constituer des rémunérations, qui peuvent être prévues dans le règlement de rémunération (731d, al. 2, ch. 2 et ch. 3, CO rév.). Elles doivent alors être publiées dans le rapport de règlement (art. 731f, al. 2, CO rév.). Le règlement de rémunération et les rémunérations elles-mêmes doivent être approuvés par l'assemblée générale (art. 731i, al. 1, CO rév.). Il convient en outre de souligner que les primes versées dans le cadre de vente ou d'achat de sociétés entrent également dans le champ d'application de l'art. 717, CO. En effet, toute transaction portant préjudice aux intérêts de la société va à l'encontre du devoir de diligence du conseil d'administration et, partant, représente une violation de l'art. 717, CO.

14. *Aucun contrat multiple octroyé aux membres du conseil d'administration et de la direction*

Les principes de rémunération doivent être définis dans le règlement de rémunération et les rémunérations définies doivent ensuite être publiées dans le rapport de rémunération. Sont concernées par cette obligation toutes les rémunérations, qu'elles soient directes ou **indirectes**, c'est-à-dire versées par d'autres sociétés (cf. art. 731f, al. 1 ch. 1-3). L'exigence de l'initiative est donc remplie de manière indirecte.

15. *Election individuelle et annuelle des membres du conseil d'administration (→ possibilité d'une durée de fonction de trois ans)*

Le contre-projet indirect rejoint l'initiative Minder sur le principe d'une élection individuelle des membres du conseil d'administration (art. 710, al. 3, CO rév.). Toutefois, pour les sociétés cotées en Bourse, le rythme annuel des élections des membres du conseil d'administration ne présente un caractère obligatoire qu'en l'absence de dispositions statutaires contraires. (opting-out ; art. 710, al. 1, CO rév.). Par ailleurs, le contre-projet autorise une durée de fonction des membres du conseil d'administration pouvant aller jusqu'à trois ans. Il s'agit là également, à mes yeux, d'une liberté qui doit être accordée aux actionnaires, d'autant plus que la limitation à un an de la durée de fonction soulève de nombreuses oppositions. Une élection des membres du conseil d'administration menée à un rythme annuel apparaît en effet risquée : il est tout à fait envisageable, surtout en période de crise, qu'aucun des membres du conseil d'administration ne décide de se représenter, entraînant par là même la perte d'un savoir-faire pourtant essentiel en telle situation pour la société<sup>31</sup>. En outre, des critiques ont été émises concernant la vision à court terme qu'impliquerait pour les organes une durée de fonction réduite à une année

---

<sup>31</sup> Knobloch, *Ist die Volksinitiative „gegen die Abzockerei“ umsetzbar?*, GesKR, 3/2012, p. 374

et, partant, concernant sa contre-productivité<sup>32</sup>. Une durée de fonction d'une année met ainsi à mal la durabilité de la société.

Dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en Bourse, l'assemblée générale élit les membres du conseil d'administration pour trois ans, sauf disposition contraire des statuts (Art. 710, al. 2, CO rév.). La durée de fonction ne peut toutefois pas excéder six ans.

#### 16. *Election annuelle du président du conseil d'administration*

Il y a lieu de souligner que l'initiative prévoit un renversement des dispositions actuelles (art. 712, al. 1, CO), selon lesquelles il appartient au conseil d'administration de désigner son président. Toutefois, cette compétence peut aujourd'hui déjà être confiée à l'assemblée générale, à la condition que les statuts le prévoient (cf. art. 712, al. 2, CO). L'initiative entend rendre à présent obligatoire l'élection du président par l'assemblée générale. Le contre-projet, en revanche, fait ici aussi une distinction entre les sociétés cotées en Bourse et les sociétés non cotées en Bourse. Dans les sociétés cotées, l'assemblée générale élit annuellement le président du conseil, sauf dispositions contraires des statuts (art. 712, al. 1, CO rév.). Dans les sociétés non cotées, il revient au conseil d'administration de désigner son président, à moins que les statuts ne prévoient sa désignation par l'assemblée générale.

En résumé, on peut dire à propos de l'élection des membres et du président du conseil d'administration que le contre-projet indirect entend laisser aux actionnaires la liberté de décider de ses modalités.

#### 17. *Election individuelle et annuelle des membres du conseil d'administration*

Le contre-projet ne contient pas de disposition relative au comité de rémunération. Le « Code de bonne pratique » en comporte déjà. La mise sur pied d'un tel comité est d'ailleurs déjà monnaie courante aujourd'hui.

Le conseil d'administration se constitue lui-même (art. 712, CO) et a la possibilité d'attribuer à des comités la charge de préparer et d'exécuter ses décisions ou de surveiller certaines affaires (art. 716a, al. 2, CO). Les membres de ces comités sont élus par le conseil d'administration, car une désignation par l'assemblée générale serait une mesure excessive. Il y a lieu de rappeler en effet que, dans le droit suisse, les décisions essentielles doivent toujours

---

<sup>32</sup> Forstmoser, „Say-on-Pay“: Die Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und der Gegenvorschlag des Parlaments, in RSJ 108 (2012) n° 14 337, p. 345.; cf. aussi Vogt, *Aktionärsdemokratie. Über die Möglichkeiten und Grenzen der Verwirklichung eines politischen Leitbildes im Aktienrecht*, Zurich, 2012, p. 67

être émises par l'ensemble du conseil d'administration, qui en porte l'entière responsabilité en tant qu'organe (cf. art. 716b, CO).

Par ailleurs, une élection par l'assemblée générale des membres du comité de rémunération représente une atteinte dans le domaine des compétences du conseil d'administration. Certes, le législateur est autorisé à concrétiser cette exigence au niveau de la loi ou de la constitution, cependant celle-ci entraînerait de vives tensions à l'avenir en ce qui concerne la responsabilité inaliénable du conseil d'administration en matière d'organisation (art. 716a, CO).

#### 18. *Election annuelle du représentant indépendant du droit de vote*

Cette exigence est considérée comme remplie. Toutefois, il convient d'émettre d'autres arguments à ce sujet.

##### 18.1 *Situation actuelle*

Conformément à l'art. 689b, al. 1, CO, les représentants sont tenus de voter selon les instructions du représenté. En cas de modification des objets à l'ordre du jour, ils sont en droit de s'écarter des instructions qu'ils ont reçues pour autant que les circonstances ne leur permettent pas de rechercher l'autorisation du mandant et qu'il y a lieu d'admettre que celui-ci les aurait autorisés s'il avait été au courant de la situation (art. 397, al. 1, CO)<sup>33</sup>.

##### 18.2 *Initiative Minder*

L'initiative ne prévoit pas de réglementation concernant le comportement du représentant indépendant du droit de vote. Il s'agirait d'en établir une dans la réglementation d'exécution.

##### 18.3 *Contre-projet indirect*

C'est à l'assemblée générale que revient la compétence de désigner le représentant indépendant du droit de vote (689c, al. 1, CO rév.). Lorsque le représentant indépendant n'a reçu aucune instruction portant sur des propositions inscrites à l'ordre du jour, il s'abstient de voter (art. 689c, al. 3, CO rév.). Lorsque des propositions non inscrites à l'ordre du jour sont soumises au vote par l'assemblée générale, le représentant indépendant fait usage du droit de vote en suivant les recommandations du conseil d'administration, pour autant que l'actionnaire ne lui ait pas transmis une autre instruction pour ce cas (art. 689c, al. 4, CO rév.).

##### 18.4 *Critique émise par Minder*

---

<sup>33</sup> Schaad in Honsell/Vogt/Watter, *Obligationenrecht II*, Commentaire bâlois, 4<sup>e</sup> édition, 2012, art. 689b N 13

Minder prétend que le contre-projet comporterait des lacunes, notamment en ce qui concerne la réglementation relative au représentant indépendant du droit de vote. Selon lui, en cas de demandes *ad hoc*, les représentants indépendants seraient contraints de suivre les propositions du conseil d'administration. Ainsi, aux dires de Minder, si l'assemblée générale refusait par exemple un paquet de rémunérations d'un montant global de 100 millions de francs pour la direction, il suffirait au conseil d'administration de soumettre la demande immédiate d'un paquet de 95 millions. Les représentants indépendants n'auraient alors d'autre choix que d'approuver la demande du conseil d'administration<sup>34</sup>.

Cette critique émise par Minder (qui s'exprime en dehors de sa propre initiative) n'est pas fondée. Les actionnaires représentés ont la possibilité de transmettre des instructions spéciales aux représentants indépendants, à savoir non seulement le refus de demandes *ad hoc* déposées par le conseil d'administration, mais par exemple également des instructions concernant un montant plafond pour les rémunérations de la direction.

#### 19. *Vote à distance, par voie électronique*

L'initiative reconnaît la nécessité de permettre le vote à distance par voie électronique lors des assemblées générales. Toutefois, en ce qui concerne l'utilisation des moyens électroniques, elle reste tout à fait laconique. Elle nomme simplement l'obligation de donner la possibilité aux actionnaires de voter à distance par voie électronique. L'introduction des moyens électroniques dans le droit de la société anonyme nécessite cependant une loi d'exécution détaillée. Le contre-projet prévoit déjà des modalités d'application adéquates et opérationnelles. En outre, il exige à juste titre une base statutaire pour l'exécution du droit de vote par voie électronique (art. 701a, al. 1, CO rév.).

#### 21. *Obligation pour les caisses de pension de voter et de divulguer leur vote, dans l'intérêt de leurs assurés*

Rendre obligatoire le vote des caisses de pension est excessif. Il s'agit là en effet d'une exigence trop élevée, qui entraînerait des coûts importants. Le droit de la société ne connaît pas d'obligation de voter. C'est pour cette raison que le contre-projet précise que le droit de vote doit être exercé « dans la mesure du possible ». Il crée ainsi une sorte de principe de proportionnalité. Par ailleurs, le contre-projet prévoit lui aussi, dans la LPP, une obligation de transparence relative à leur vote pour les caisses de pension (art. 71a, al. 2, LPP rév.). Toutefois, pour des questions pratiques, il garantit à juste titre une certaine marge de manœuvre pour les institutions de prévoyance en ce sens qu'elles doivent exercer leur droit de vote dans la mesure du possible. En effet, pour de nombreuses petites caisses de pension, une obligation en la matière représenterait une grande difficulté.

---

<sup>34</sup> Cf. Sonntagszeitung du 25 novembre 2012, p. 61

Il convient de préciser ici que le fonds AVS n'est pas, selon les notions légales en cours, une « caisse de pension ».

23. *Aucune délégation de la direction accordée à une autre société*

Dans la pratique juridique, il n'arrive jamais que la direction d'une société cotée en Bourse soit déléguée à une autre société. Aucune société anonyme cotée en Bourse ne pourrait se permettre une telle délégation. En effet, l'art. 716a, al. 1, CO établit que l'exercice de la haute direction ainsi que d'autres compétences centrales sont des attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration. Ainsi, une délégation totale de la direction à une personne morale est déjà interdite par le droit actuel. Il s'agit là d'un débat qui porte sur une subtilité juridique. A vrai dire, là aussi, les actionnaires auraient toujours la possibilité de prévoir des dispositions statutaires pour prévenir toute délégation.

24. *Dispositons pénale en cas de non-respect: peine d'emprisonnement et peine d'amende*

Cf. à ce sujet les explications du point VIII.

## **XI Conclusion**

Le contre-projet indirect est mieux conçu que l'initiative et va même plus loin que celle-ci. En effet, il propose une définition des rémunérations en considération de la situation économique de l'entreprise et de sa prospérité à long terme ainsi qu'en adéquation avec les tâches, la prestation et la responsabilité du bénéficiaire. En outre, comme expliqué, il prévoit une réglementation plus stricte concernant l'obligation de restituer et met ainsi le conseil d'administration face à ses responsabilités. Il garantit des instruments légaux contre les pratiques abusives (responsabilité, restitution). Il laisse toutefois une plus grande liberté aux actionnaires pour déterminer l'organisation et les mécanismes de leur société anonyme. Le contre-projet, dont le texte détaillé s'inscrit dans le droit de la société anonyme, contient des règles claires et détaillées sur le règlement de rémunération, le rapport de rémunération, les décisions des actionnaires et la responsabilité. Il est ainsi bien plus systématique que l'initiative Minder, qui propose tout au plus des principes constitutionnels sans concrétisation et formulés en termes généraux et sommaires.

A juste titre, le contre-projet ne prévoit pas de dispositions pénales.

Le contre-projet est la solution à adopter. Il constitue une réponse adéquate et immédiate. Il importe de ne pas prolonger des années encore le processus législatif.

# Initiative populaire fédérale 'contre les rémunérations abusives'

I

La Constitution fédérale du 18 avril 1999<sup>1</sup> est complétée comme suit :

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

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

a. l'assemblée générale vote chaque année la somme globale des rémunérations (argent et valeur des prestations en nature) du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif. Elle désigne chaque année le président du conseil d'administration et, un par un, les membres du conseil d'administration et les membres du comité de rémunération ainsi que le représentant indépendant. Les caisses de pension votent dans l'intérêt de leurs assurés et communiquent ce qu'elles ont voté. Les actionnaires peuvent voter à distance par voie électronique ; ils ne peuvent pas être représentés par un membre d'un organe de la société ou par un dépositaire ;

b. les membres des organes ne reçoivent ni indemnité de départ ni autre indemnité, aucune rémunération anticipée ni prime pour des achats ou des ventes d'entreprises, et ne peuvent pas être liés par un autre contrat de conseil ou de travail à une société du groupe. La gestion de la société ne peut pas être déléguée à une personne morale ;

c. les statuts règlent le montant des rentes, des crédits et des prêts octroyés aux membres des organes, les plans de bonus et de participation et le nombre de mandats externes de ces derniers, de même que la durée du contrat de travail des membres de la direction ;

d. toute violation des dispositions prévues aux let. a à c sera sanctionnée d'une peine privative de liberté de trois ans au plus et d'une peine pécuniaire pouvant atteindre six rémunérations annuelles.

II

Les dispositions transitoires de la Constitution fédérale sont complétées comme suit:

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

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

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

---

<sup>1</sup> RS 101

## **Code des obligations**

### **(Indemnités dans les sociétés cotées en bourse et autres modifications du droit de la société anonyme)**

#### **Modification du 16 mars 2012**

---

*L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,*

vu le rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 25 octobre 2010<sup>1</sup>,

vu l'avis du Conseil fédéral du 17 novembre 2010<sup>2</sup>,

*arrête:*

I

Le titre vingt-sixième du code des obligations<sup>3</sup> est modifié comme suit:

*Art. 626, ch. 8*

Les statuts doivent contenir des dispositions sur:

8. la nature des décisions relatives à l'indemnité de la direction pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse.

*Art. 627, ch. 15*

Ne sont valables qu'à la condition de figurer dans les statuts les dispositions concernant:

15. l'utilisation de moyens électroniques lors de la convocation de l'assemblée générale et pendant cette dernière.

*Art. 663<sup>bis</sup>*

*Abrogé*

<sup>1</sup> FF 2010 7521

<sup>2</sup> FF 2010 ...

<sup>3</sup> RS 220

*Art. 663c, titre marginal<sup>4</sup>*

2. Indications supplémentaires pour les sociétés dont les actions sont cotées en bourse

E. Restitution de prestations  
I. En général

*Art. 678*

<sup>1</sup> Les actionnaires, les membres du conseil d'administration, les personnes qui s'occupent de la gestion et les membres du conseil consultatif, ainsi que les personnes qui leur sont proches, qui ont perçu indûment des dividendes, des tantièmes, d'autres parts de bénéfice ou des intérêts intercalaires, sont tenus à restitution.

<sup>2</sup> Ils sont également tenus de restituer les autres prestations de la société dans la mesure où elles sont en disproportion avec leur contre-prestation.

<sup>3</sup> L'obligation de restituer s'éteint si le bénéficiaire de la prestation prouve qu'il l'a reçue de bonne foi et qu'il n'est plus enrichi lors de la répétition de l'indû.

<sup>4</sup> Le droit à la restitution appartient à la société. L'action en restitution peut également être introduite par chaque actionnaire.

<sup>5</sup> L'assemblée générale peut décider que la société intente l'action en restitution. Elle peut charger le conseil d'administration ou un représentant de conduire le procès.

<sup>6</sup> L'obligation de restitution se prescrit par cinq ans à compter de la réception de la prestation.

*Art. 689, al. 2*

<sup>2</sup> Il peut représenter lui-même ses actions à l'assemblée générale ou les faire représenter par un tiers.

*Art. 689a, al. 1<sup>bis</sup>*

<sup>1bis</sup> Le conseil d'administration peut admettre, en lieu et place des pouvoirs écrits, une procuration électronique pourvue d'une signature électronique qualifiée.

*Art. 689c*

b. Dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse

<sup>1</sup> Dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, l'assemblée générale désigne un ou plusieurs représentants indépendants en vue de la prochaine assemblée générale. Lorsque la société n'a pas de représentant indépendant au moment de la convocation de l'assemblée générale, celui-ci est désigné par le conseil d'administration.

<sup>4</sup> v. la disposition de coordination au ch. IV

<sup>2</sup> L'actionnaire n'est pas autorisé à établir des pouvoirs écrits permanents en faveur du représentant indépendant.

<sup>3</sup> Lorsque le représentant indépendant n'a reçu aucune instruction portant sur des propositions inscrites à l'ordre du jour, il s'abstient de voter.

<sup>4</sup> Lorsque des propositions non inscrites à l'ordre du jour sont soumises au vote par l'assemblée générale, le représentant indépendant fait usage du droit de vote en suivant les recommandations du conseil d'administration, pour autant que l'actionnaire ne lui ait pas transmis une autre instruction pour ce cas précis.

<sup>5</sup> La représentation institutionnelle ne peut être assurée que par des représentants indépendants.

*Art. 689d*

c. Dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse

<sup>1</sup> Les statuts d'une société dont les actions ne sont pas cotées en bourse peuvent disposer qu'un actionnaire ne peut être représenté à l'assemblée générale que par un autre actionnaire.

<sup>2</sup> Lorsque la société recourt à cette possibilité, elle est tenue, si un actionnaire le demande, de désigner une personne indépendante que les actionnaires pourront mandater pour représenter leurs actions lors de l'assemblée générale.

<sup>3</sup> L'actionnaire qui sollicite la désignation d'un représentant indépendant doit déposer sa requête auprès de la société au plus tard quatorze jours avant la date de l'assemblée générale.

<sup>4</sup> La société communique le nom et l'adresse du représentant indépendant à tous les actionnaires, par écrit, au moins huit jours avant la date de l'assemblée générale.

<sup>5</sup> Si la société ne remplit pas son obligation de désigner un représentant indépendant, l'actionnaire peut mandater un tiers de son choix pour se faire représenter à l'assemblée générale.

<sup>6</sup> L'art. 689c, al. 3 à 5, est applicable.

*Art. 689e, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, et al. 2, 1<sup>re</sup> phrase*

<sup>1</sup> Le représentant indépendant communique à la société le nombre, l'espèce, la valeur nominale et la catégorie des actions qu'il représente. ...

<sup>2</sup> Le président communique ces informations à l'assemblée générale. ...

*Art. 693, al. 3, ch. 5*

<sup>3</sup> La détermination du droit de vote proportionnellement au nombre d'actions ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de:

5. décider l'ouverture d'une action en restitution de prestations indûment perçues.

*Art. 698, al. 2, ch. 2<sup>bis</sup> et 4<sup>bis</sup>*

<sup>2</sup> Elle a le droit intransmissible:

- 2<sup>bis</sup>. d'élire le représentant indépendant lorsque les actions de la société sont cotées en bourse;
- 4<sup>bis</sup>. d'approuver le règlement de rémunération et les indemnités du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif lorsque les actions de la société sont cotées en bourse;

*Art. 700*

2. Mode de convocation

<sup>1</sup> L'assemblée générale est convoquée 20 jours au moins avant la date à laquelle elle doit avoir lieu. La convocation et les documents annexes peuvent être adressés à l'actionnaire par voie électronique si ce dernier y consent.

<sup>2</sup> Les statuts définissent le mode de convocation en conformité avec les dispositions légales.

<sup>3</sup> Sont mentionnés dans la convocation:

1. les objets de l'ordre du jour;
2. les propositions du conseil d'administration;
3. le cas échéant, les propositions des actionnaires avec un résumé de leurs motifs;
4. le nom et l'adresse du représentant indépendant ainsi que le pourcentage du capital-actions constitué d'actions nominatives dont le propriétaire n'est pas inscrit au registre des actions (actions dispo) lorsque les actions de la société sont cotées en bourse.

<sup>4</sup> En l'absence de dispositions statutaires, le conseil d'administration définit le mode d'expression du consentement de l'actionnaire requis à l'al. 1.

<sup>5</sup> Aucune décision ne peut être prise sur des objets qui n'ont pas été dûment portés à l'ordre du jour, sauf sur les propositions de convocation d'une assemblée générale extraordinaire ou d'institution d'un contrôle spécial et sur les propositions de désignation d'un organe de révision qui sont soumises par un actionnaire.

<sup>6</sup> Il n'est pas nécessaire d'annoncer à l'avance les propositions entrant dans le cadre des objets portés à l'ordre du jour ni les délibérations qui ne doivent pas être suivies d'un vote.

*Art. 701a*

4. Recours à des médias électroniques

a. Exercice des droits des actionnaires

Lors de l'assemblée générale, les actionnaires peuvent exercer leurs droits par voie électronique aux conditions suivantes:

1. les statuts le prévoient;
2. l'assemblée générale est retransmise par des médias électroniques;
3. les interventions des actionnaires sont retransmises par des médias électroniques au lieu de la réunion.

*Art 701b*

b. Assemblée générale tenue par voie électronique

1 L'assemblée générale peut se tenir exclusivement sous une forme électronique et sans lieu de réunion physique aux conditions suivantes:

1. les propriétaires ou les représentants de la totalité des actions y consentent;
2. aucune des décisions de l'assemblée générale ne requiert la forme authentique.

2 Les interventions des participants doivent être retransmises par des médias électroniques à tous les participants.

3 En l'absence de dispositions statutaires, le conseil d'administration définit le mode d'expression du consentement de l'actionnaire requis à l'al. 1, ch. 1.

*Art. 701c*

c. Conditions du recours aux médias électroniques

Si la société recourt à des médias électroniques lors de son assemblée générale, le conseil d'administration s'assure que:

1. l'identité des participants et des intervenants est clairement établie;
2. tout participant peut faire des propositions et prendre part aux débats;
3. le résultat du vote ne peut pas être falsifié.

*Art. 701d*

d. Problèmes techniques

1 Si, en raison de problèmes techniques, l'assemblée générale ne se déroule pas en conformité avec les dispositions légales et statutaires, elle doit être convoquée à nouveau.

<sup>2</sup> Il n'est pas nécessaire de réinscrire à l'ordre du jour les objets sur lesquels l'assemblée générale a statué avant que les problèmes techniques ne surviennent.

*Art. 702, al. 2 et 3*

<sup>2</sup> Il veille à la rédaction du procès-verbal. Celui-ci mentionne:

1. le nombre, l'espèce, la valeur nominale et la catégorie des actions représentées, en précisant celles qui sont représentées par le représentant indépendant;
2. les décisions et le résultat des élections en indiquant le pourcentage des votes;
3. les demandes de renseignements formulées lors de l'assemblée générale et les réponses données;
4. les déclarations dont les actionnaires demandent l'inscription;
5. le recours à des médias électroniques et le nombre de voix exprimées par voie électronique;
6. le consentement des propriétaires ou des représentants de la totalité des actions à la tenue d'une assemblée générale électronique;
7. l'apparition de problèmes techniques durant l'assemblée générale.

<sup>3</sup> Le procès-verbal est mis à la disposition des actionnaires sous forme électronique dans les 20 jours qui suivent l'assemblée générale ou est délivré gratuitement à tout actionnaire qui en fait la demande.

*Art. 703*

V. Décisions et élections  
1. En général

<sup>1</sup> Si la loi ou les statuts n'en disposent pas autrement, l'assemblée générale prend ses décisions et procède aux élections à la majorité absolue des votes exprimés.

<sup>2</sup> Les abstentions ne sont pas considérées comme des votes exprimés.

*Art. 704, al. 1, phrase introductive et ch. 9, et al. 2*

<sup>1</sup> Une décision de l'assemblée générale recueillant au moins les deux tiers des votes exprimés et la majorité des valeurs nominales représentées est nécessaire pour:

9. l'approbation des indemnités de départ et des indemnités anticipées lorsque les actions de la société sont cotées en bourse.

<sup>2</sup> Les dispositions statutaires qui prévoient pour la prise de certaines décisions une majorité plus forte que celle requise par la loi ne peuvent être adoptées ou supprimées qu'à la majorité prévue.

*Art. 706, al. 1*

<sup>1</sup> Le conseil d'administration et chaque actionnaire peuvent attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale qui violent la loi, les statuts ou le règlement de rémunération; l'action est dirigée contre la société.

*Art. 710*

3. Election et  
durée du mandat

<sup>1</sup> Dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, l'assemblée générale élit les membres du conseil d'administration tous les ans, sauf disposition contraire des statuts. La durée des fonctions ne peut toutefois pas excéder trois ans.

<sup>2</sup> Dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse, l'assemblée générale élit les membres du conseil d'administration pour trois ans, sauf disposition contraire des statuts. La durée de fonction ne peut toutefois pas excéder six ans.

<sup>3</sup> Chaque membre est élu individuellement.

<sup>4</sup> Les membres du conseil d'administration sont rééligibles.

*Art. 712*

II. Organisation  
1. Président et  
secrétaire

<sup>1</sup> Dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse, l'assemblée générale élit le président du conseil d'administration, à moins que les statuts ne prévoient son élection par le conseil d'administration.

<sup>2</sup> Dans les sociétés dont les actions ne sont pas cotées en bourse, le conseil d'administration désigne son président, à moins que les statuts ne prévoient sa désignation par l'assemblée générale.

<sup>3</sup> Le conseil d'administration désigne le secrétaire. Celui-ci n'est pas nécessairement membre du conseil.

*Art. 716a, al. 1, ch. 2<sup>bis</sup> et 4*

<sup>1</sup> Le conseil d'administration a les attributions intransmissibles et inaliénables suivantes:

<sup>2<sup>bis</sup></sup>. édicter le règlement de rémunération et établir le rapport de rémunération lorsque les actions de la société sont cotées en bourse;

4. nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion et de la représentation, sous réserve des dispositions légales et statutaires prévoyant que l'assemblée générale est compétente pour approuver des indemnités;

*Art. 717, al. 1<sup>bis</sup>*

<sup>1bis</sup> Ils doivent en particulier veiller à fixer les indemnités en considération de la situation économique de l'entreprise et de sa prospérité à long terme ainsi qu'en adéquation avec les tâches, la prestation et la responsabilité du bénéficiaire.

*Art. 728a, al. 1, ch. 4*

<sup>1</sup> L'organe de révision vérifie:

4. si la publication des indemnités dans le rapport de rémunération correspond aux dispositions légales et aux statuts lorsque les actions de la société sont cotées en bourse.

*Art. 728c, al. 1 et 2<sup>bis</sup>*

<sup>1</sup> Si l'organe de révision constate des violations de la loi, des statuts, du règlement d'organisation ou du règlement de rémunération, il en avertit par écrit le conseil d'administration.

<sup>2bis</sup> L'organe de révision informe également l'assemblée générale lorsqu'il constate une violation grave du règlement de rémunération.

*Titre précédant l'art. 731c*

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

*Art. 731c*

I. Champ d'application

Le présent chapitre ne s'applique qu'aux sociétés dont les actions sont cotées en bourse (sociétés cotées en bourse).

*Art. 731d*

II. Règlement de rémunération

<sup>1</sup> Le conseil d'administration édicte un règlement concernant les indemnités des membres du conseil d'administration, des personnes qu'il a chargées en tout ou partie de la gestion de la société (direction) et des membres du conseil consultatif.

<sup>2</sup> Le règlement de rémunération définit en particulier:

1. les compétences et la procédure applicable à la fixation des indemnités;
2. les principes de rémunération;
3. les éléments de la rémunération et notamment les programmes de participation, les bonifications et les tantièmes;
4. les principes directeurs concernant la durée et les modalités de résiliation des contrats qui prévoient ces indemnités;

5. les critères régissant les crédits, les prêts et les rentes;
6. la possibilité de réduire rétrospectivement les indemnités supplémentaires (système de malus-bonus);
7. l'admissibilité des primes d'entrée, leurs fondements et les conditions de leur paiement;
8. les principes selon lesquels le montant des prestations de prévoyance est fixé.

<sup>3</sup> Le conseil d'administration opère la distinction dans le règlement de rémunération entre l'indemnité de base et une éventuelle indemnité supplémentaire.

#### *Art. 731e*

III. Rapport de  
rémunération  
1. En général

<sup>1</sup> Le conseil d'administration établit un rapport de rémunération écrit. Il y rend compte du respect de la loi, du règlement de rémunération et, le cas échéant, des statuts.

<sup>2</sup> Les dispositions sur la communication du rapport de gestion sont applicables par analogie.

#### *Art. 731f*

2. Transparence  
des indemnités

<sup>1</sup> Le rapport de rémunération contient les éléments suivants:

1. toutes les indemnités que la société a versées directement ou indirectement aux membres du conseil d'administration;
2. toutes les indemnités que la société a versées directement ou indirectement aux membres de la direction ainsi que la durée des contrats qui prévoient ces indemnités;
3. toutes les indemnités que la société a versées directement ou indirectement aux membres du conseil consultatif;
4. les indemnités que la société a versées directement ou indirectement aux anciens membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif, lorsqu'elles sont en relation avec leur ancienne activité d'organe de la société ou lorsqu'elles ne sont pas conformes à la pratique du marché;
5. les indemnités non conformes à la pratique du marché que la société a versées directement ou indirectement aux proches des personnes mentionnées aux ch. 1 à 4.

<sup>2</sup> Les indemnités comprennent notamment:

1. les honoraires, les salaires, les bonifications et les notes de crédit;
2. les tantièmes, les participations au chiffre d'affaires et les autres participations au résultat d'exploitation;

3. les prestations en nature;
4. les participations, droits de conversion et droits d'option;
5. les indemnités de départ et les primes d'entrée;
6. les cautionnements, les obligations de garantie, la constitution de gages en faveur de tiers et autres sûretés;
7. la renonciation à des créances;
8. les charges qui fondent ou augmentent des droits à des prestations de prévoyance;
9. l'ensemble des prestations rémunérant les travaux supplémentaires.

*Art. 731g*

3. Autres indications

<sup>1</sup> Le rapport de rémunération contient en outre les éléments suivants:

1. tous les prêts et autres crédits en cours consentis aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif;
2. les prêts et autres crédits en cours consentis aux anciens membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif qui ne sont pas conformes à la pratique du marché;
3. les prêts et autres crédits en cours non conformes à la pratique du marché consentis aux proches des personnes mentionnées aux ch. 1 et 2.

<sup>2</sup> Les indications sur les indemnités et les crédits doivent inclure:

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

<sup>3</sup> Le rapport de rémunération mentionne les fonctions suivantes des membres du conseil d'administration et de la direction:

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

*Art. 731h*

4. Personnes proches

Les indemnités et les crédits perçus par les proches doivent être indiqués séparément. Il n'y a pas lieu de mentionner le nom de ces personnes. Pour le reste, les dispositions régissant les informations à fournir sur les indemnités et les crédits accordés aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif sont applicables par analogie.

*Art. 731i*

IV. Approbation par l'assemblée générale  
1. Règlement de rémunération

<sup>1</sup> Le conseil d'administration soumet le règlement de rémunération à l'approbation de l'assemblée générale. Les modifications doivent également être soumises à l'approbation de l'assemblée générale.

<sup>2</sup> 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. La demande doit être remise par écrit à la société au plus tard 50 jours avant l'assemblée générale.

<sup>3</sup> Le règlement de rémunération modifié est applicable la première fois lors de l'assemblée générale qui suit son approbation, à moins que l'assemblée générale n'en décide autrement.

<sup>4</sup> 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.

*Art. 731j*

2. Indemnités  
a. Conseil d'administration et conseil consultatif

<sup>1</sup> L'assemblée générale se prononce annuellement sur l'approbation du montant global décidé par le conseil d'administration pour:

1. l'indemnité de base du conseil d'administration pour la période allant jusqu'à la prochaine assemblée générale ordinaire;
2. l'indemnité supplémentaire du conseil d'administration pour l'exercice annuel écoulé;
3. l'indemnité de base du conseil consultatif pour la période allant jusqu'à la prochaine assemblée générale ordinaire;

4. l'indemnité supplémentaire du conseil consultatif pour l'exercice annuel écoulé.

<sup>2</sup> L'approbation par l'assemblée générale ne restreint pas la responsabilité du conseil d'administration.

*Art. 731k*

b. Direction

<sup>1</sup> L'assemblée générale se prononce annuellement sur l'approbation du montant global décidé par le conseil d'administration pour:

1. l'indemnité de base des membres de la direction pour la période allant jusqu'à la prochaine assemblée générale ordinaire;
2. l'indemnité supplémentaire des membres de la direction pour l'exercice annuel écoulé.

<sup>2</sup> Les statuts définissent si les décisions de l'assemblée générale visées à l'al. 1 ont un caractère contraignant ou sont prises à titre consultatif.

<sup>3</sup> Lorsque le conseil d'administration nomme de nouveaux membres de la direction et que le montant global de l'indemnité de base approuvé par l'assemblée générale est insuffisant, la différence ne doit pas être soumise à l'approbation de l'assemblée générale à la condition que les indemnités des nouveaux membres de la direction soient conformes au règlement de rémunération.

<sup>4</sup> L'approbation par l'assemblée générale ne restreint pas la responsabilité du conseil d'administration.

*Art. 731l*

V. Indemnités interdites

<sup>1</sup> Le versement des indemnités suivantes aux membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif est interdit:

1. les indemnités de départ;
2. les indemnités anticipées.

<sup>2</sup> Le conseil d'administration peut proposer à l'assemblée générale des dérogations, dans la mesure où celles-ci sont dans l'intérêt de la société.

<sup>3</sup> L'assemblée générale se prononce sur l'approbation des indemnités de départ et des indemnités anticipées.

*Art. 756, al. 2*

<sup>2</sup> L'assemblée générale peut décider que la société elle-même intente l'action en responsabilité. Elle peut charger le conseil d'administration ou un représentant de la conduite du procès.

## II

*Les actes mentionnés ci-après sont modifiés comme suit:*

### 1. Code de procédure civile<sup>5</sup>

*Art. 107, al. 1<sup>bis</sup>*

<sup>1bis</sup> En cas de rejet d'une action du droit des sociétés en paiement à la société, il peut répartir les frais entre la société et le demandeur selon son appréciation.

### 2. Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité<sup>6</sup>

*Art. 71a* Exercice du droit de vote dans les sociétés  
dont les actions sont cotées en bourse

<sup>1</sup> Dans la mesure du possible, les institutions de prévoyance qui détiennent des participations dans des sociétés suisses dont les actions sont cotées en bourse exercent leur droit de vote.

<sup>2</sup> Elles rendent publique la manière dont elles ont voté.

## III

Dispositions transitoires de la modification du 16 mars 2012 du code des obligations (Indemnités dans les sociétés cotées en bourse et autres modifications du droit de la société anonyme):

*Art. 1*

A. Règle  
générale

<sup>1</sup> Les dispositions du titre final du code civil<sup>7</sup> s'appliquent à la présente loi, sous réserve des dispositions suivantes.

<sup>2</sup> La modification du 16 mars 2012 s'applique dès son entrée en vigueur à toutes les sociétés existantes.

*Art. 2*

B. Adaptation  
des statuts et des  
règlements

<sup>1</sup> Les sociétés qui, à l'entrée en vigueur de la modification du 16 mars 2012, sont inscrites au registre du commerce mais ne sont pas

<sup>5</sup> RS 272

<sup>6</sup> RS 831.40

<sup>7</sup> RS 210

conformes aux nouvelles dispositions sont tenues d'adapter leurs statuts et leurs règlements dans un délai de deux ans.

<sup>2</sup> Les dispositions statutaires et réglementaires qui ne sont pas conformes au nouveau droit restent en vigueur jusqu'à leur adaptation, mais pendant deux ans au plus.

#### *Art. 3*

C. Indemnités dans les sociétés cotées en bourse

<sup>1</sup> Les dispositions concernant l'approbation du règlement de rémunération et du montant global des indemnités de base des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif s'appliquent au plus tard à partir de la première assemblée générale ordinaire tenue au moins six mois après l'entrée en vigueur de la modification du 16 mars 2012.

<sup>2</sup> Les dispositions concernant l'approbation du montant global des indemnités supplémentaires des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif s'appliquent pour la première fois lors de l'exercice annuel qui suit l'entrée en vigueur de la présente loi.

#### *Art. 4*

D. Election d'un représentant indépendant

Pour les sociétés cotées en bourse, le conseil d'administration désigne le représentant indépendant pour la première assemblée générale après l'entrée en vigueur de la modification du 16 mars 2012, dans la mesure où celui-ci n'a pas déjà été élu par l'assemblée générale.

## IV

Coordination avec la modification du 23 décembre 2011 du CO (Droit comptable)

*Quel que soit l'ordre dans lequel la modification du 16 mars 2012 du CO (Indemnités dans les sociétés cotées en bourse et autres modifications du droit de la société anonyme) et la modification du 23 décembre 2011 du CO (Droit comptable)<sup>8</sup> entrent en vigueur, à l'entrée en vigueur de la seconde de ces lois ou à leur entrée en vigueur simultanée, l'art. 663c CO est modifié comme suit:*

#### *Art. 663c, titre marginal*

B. Rapport de gestion

1. Indications supplémentaires pour les sociétés cotées en bourse

V

<sup>1</sup> La présente loi est sujette au référendum.

<sup>2</sup> Elle est publiée dans la Feuille fédérale dès lors que l'initiative populaire «Contre les rémunérations abusives» a été retirée ou rejetée ou que le contre-projet l'a emporté à la question subsidiaire.

<sup>3</sup> Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

Conseil des Etats, 16 mars 2012

Le président: Hans Altherr  
Le secrétaire: Philippe Schwab

Conseil national, 16 mars 2012

Le président: Hansjörg Walter  
Le secrétaire: Pierre-Hervé Freléchoz