

Renforcer les droits des actionnaires : oui, mais comment ?

dossier politique

15 septembre 2009 Numéro 23

Révision du droit de la société anonyme. Dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme, le Parlement examine actuellement un contre-projet indirect à l'initiative «contre les rémunérations abusives» (initiative Minder). Cette dernière entend donner aux actionnaires de sociétés cotées en Bourse une compétence de décision obligatoire dans des domaines de direction centraux. L'auteur de l'initiative souhaite que le conseil d'administration soit «mis sous tutelle». En revanche, le projet ne prévoit pas l'introduction d'une responsabilité légale de l'actionnaire. Une telle séparation de la compétence et de la responsabilité déstabiliserait les entreprises suisses. Il est juste de vouloir renforcer les droits des actionnaires. Toutefois, la responsabilité pour les décisions relevant de la gestion de l'entreprise ne doit pas être transférée aux actionnaires, mais doit rester auprès du conseil d'administration. Ce dernier doit défendre les intérêts de l'ensemble des actionnaires et assumer la responsabilité.

Position d'economiesuisse

▶ La flexibilité du droit des sociétés est primordiale pour la place économique suisse. Dans une société anonyme, la forme juridique la plus appréciée, les actionnaires et le conseil d'administration, responsable à titre personnel, doivent conserver la liberté d'organisation nécessaire pour pouvoir adopter les bonnes solutions pour l'entreprise.

▶ Il convient de privilégier des prescriptions légales laissant une liberté d'organisation dans les statuts à des solutions uniformes prévoyant des exigences rigides et obligatoires.

▶ Dans le débat sur le renforcement des droits des actionnaires, il convient de distinguer la responsabilité du conseil d'administration face à l'ensemble des actionnaires d'une part et la fonction de l'assemblée générale des actionnaires d'autre part.

Les sociétés anonymes en Suisse

► Un nouveau cadre légal pour les sociétés anonymes suisses.

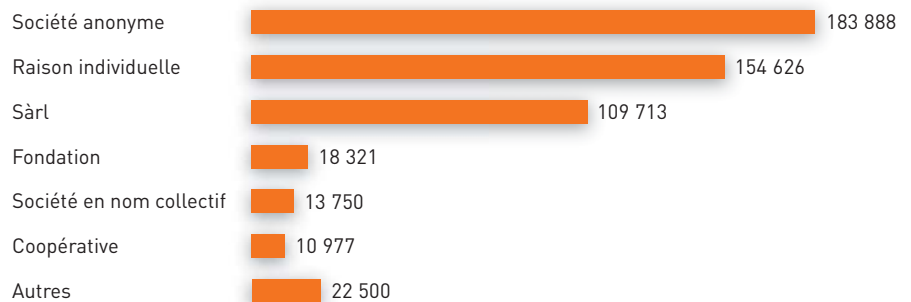
En Suisse, on dénombre quelque 180 000 sociétés anonymes qui emploient près des deux tiers des personnes actives. La révision actuelle du droit de la société anonyme revêt donc une grande importance pour la place économique suisse. Cette révision aura des conséquences directes sur l'organisation et la direction d'un grand nombre d'entreprises suisses (cf. graphique 1).

Graphique 1

► Selon le registre du commerce, on compte plus de 180 000 sociétés anonymes en Suisse.

La société anonyme est la forme légale la plus appréciée

Vue d'ensemble des entités légales en Suisse au 31 décembre 2008



Source : Statistique du registre du commerce 2008

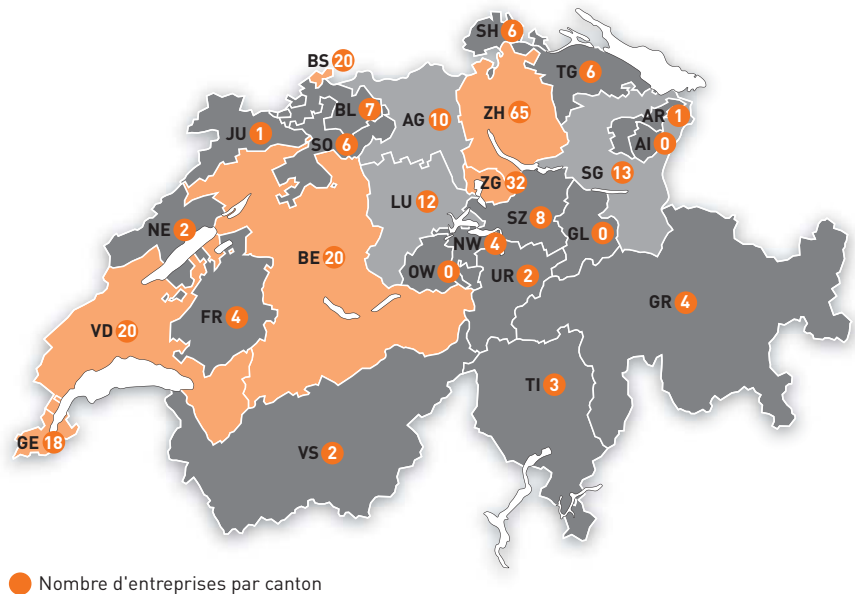
► Les sociétés anonymes cotées en Bourse au centre du débat politique.

Le contre-projet indirect à l'initiative «contre les rémunérations abusives» (initiative Minder), actuellement en cours d'élaboration, s'inscrit dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme. L'initiative Minder demande l'introduction de toute une série de prescriptions et d'interdictions obligatoires pour les entreprises suisses cotées en Bourse. C'est la raison pour laquelle le débat politique autour de la révision sur le droit de la société anonyme se focalise sur les conditions-cadre légales des sociétés suisses ouvertes au public.

Seul le nom de quelques grandes entreprises a été mentionné dans le débat public, mais l'initiative ne concerne pas uniquement les multinationales suisses les plus connues. Notre pays accueille de nombreuses entreprises de taille moyenne et entreprises familiales cotées en Bourse. Presque tous les cantons hébergent des entreprises suisses cotées en Bourse (cf. graphique 2).

Graphique 2

► On dénombre environ 270 sociétés anonymes suisses cotées dans une Bourse suisse. Presque tous les cantons en hébergent. De plus, de nombreux groupes internationaux cotés à l'étranger ont leur siège en Suisse.

Entreprises suisses cotées en Bourse ayant leur siège principal en Suisse

Source : economiesuisse, SIX Swiss Exchange 2009

La «démocratie des actionnaires» ou la domination du capital

Entre droits et devoirs

► Concept de l'assemblée générale.

Dans le débat politique, on évoque souvent la «démocratie des actionnaires». Le fait est que dans le droit de la société anonyme, le concept de l'assemblée générale se fonde sur l'hypothèse que les actionnaires se réunissent en règle générale une fois par an pour discuter de diverses questions et prendre des décisions.

► «Démocratie » du capital.

Une démocratie des actionnaires n'est cependant pas la même chose qu'une démocratie de droit public. Une des particularités de la société anonyme est que les voix sont attribuées non pas par actionnaire, mais en fonction de la part que ceux-ci détiennent dans le capital. Ainsi, il est possible d'acquérir une majorité de voix dans une société anonyme, alors que c'est quelque chose de fondamentalement contraire à l'idée de la démocratie politique. Le terme de « démocratie du capital » serait plus adapté que celui de « démocratie des actionnaires ». Il existe encore d'autres différences fondamentales entre l'actionnaire et le citoyen. Ce dernier a certes des droits, mais aussi de nombreux devoirs. L'actionnaire pour sa part a principalement des droits (droits liés à la fortune, droits en tant que membre de l'assemblée générale, droits de protection et d'information). Cependant, il n'a pas d'autre obligation en vertu du droit de la société anonyme que celle de libérer sa part sociale.

► Décisions fondamentales.

Les votes des actionnaires sont la garantie de l'orientation globale de l'entreprise en fonction des intérêts de ses propriétaires. L'assemblée générale prend les décisions fondamentales pour l'entreprise et élit les membres des principaux organes. Dans la pratique toutefois, les grands investisseurs prennent rarement leurs décisions lors de l'Assemblée Générale. Ils arrêtent généralement leur décision déjà avant.

Dissociation de la propriété et de la responsabilité

Shareholders et shareturners

- ▶ Un actionnariat hétérogène.

Les actionnaires des entreprises cotées en Bourse ne forment pas un groupe homogène. Ils présentent des profils très différents : grands investisseurs et petits actionnaires, investisseurs axés sur le long terme et spéculateurs visant le profit à court terme. Aussi les intérêts des uns et des autres divergent-ils fortement. Les intérêts des actionnaires à court terme peuvent même être contraires à l'évolution à long terme de la société anonyme en tant qu'entreprise productrice. Dans la pratique, on observe une tendance vers l'orientation à court terme de l'actionnaire : le taux de renouvellement, c'est-à-dire le pourcentage d'actions qui changent de main chaque année, a fortement augmenté au cours des dernières décennies. Les actionnaires désireux d'investir à long terme (shareholders) cèdent de plus en plus de terrain aux actionnaires axés sur le court terme (shareturners). D'ailleurs, les périodes d'évaluation ne cessent de se raccourcir, au point que certaines entreprises publient des résultats à un rythme trimestriel. Cela aussi reflète cette évolution.

- ▶ Non-responsabilité des actionnaires.

Si l'actionnaire qui investit dans une société ouverte au public à court terme est un propriétaire au sens juridique, il ne s'intéresse pas nécessairement à l'activité de l'entreprise. Il n'assume aucune responsabilité juridique – ni vis-à-vis de l'entreprise ni vis-à-vis des autres actionnaires. En contrepartie, c'est-à-dire pour contrebalancer cette absence de responsabilité juridique, l'actionnaire est exclu de la gestion, c'est une des caractéristiques de la société anonyme. Cela constitue une différence majeure, en particulier par rapport à la société à responsabilité limitée. L'assemblée générale des actionnaires ne peut s'attribuer des compétences à son gré. Cela tient au fait que la responsabilité du conseil d'administration et la non-responsabilité des actionnaires sont ancrées dans la loi. En revanche, la loi stipule un devoir de fidélité et de maintenir le secret pour les associés d'une Sàrl par exemple, ce qui n'est pas le cas pour les actionnaires.

Election, obligation de rendre des comptes et responsabilité du conseil d'administration

- ▶ La direction et la responsabilité.

L'assemblée générale élit le conseil d'administration, qui dirige les affaires dans la mesure où il ne délègue pas ses compétences à la direction. La loi définit de nombreuses tâches que le conseil d'administration ne peut céder ou qui ne peuvent lui être retirées. Ces tâches comprennent en particulier la direction suprême de l'entreprise ainsi que l'embauche, la surveillance et la révocation des personnes chargées de diriger l'entreprise. L'organe de révision, également choisi par l'assemblée générale, vérifie les chiffres et établit un rapport à l'intention des actionnaires dans lequel il présente le résultat de ses contrôles. Sous certaines conditions, les actionnaires peuvent exiger un contrôle spécial. S'il apparaît que le conseil d'administration ne se comporte pas de manière adéquate, cela peut avoir des conséquences financières : ses membres sont responsables vis-à-vis des actionnaires des dommages qu'ils causent du fait d'un manquement à leurs devoirs commis sciemment ou par négligence. Tout actionnaire peut intenter une action contre le conseil d'administration.

- ▶ Election et obligation de rendre des comptes.

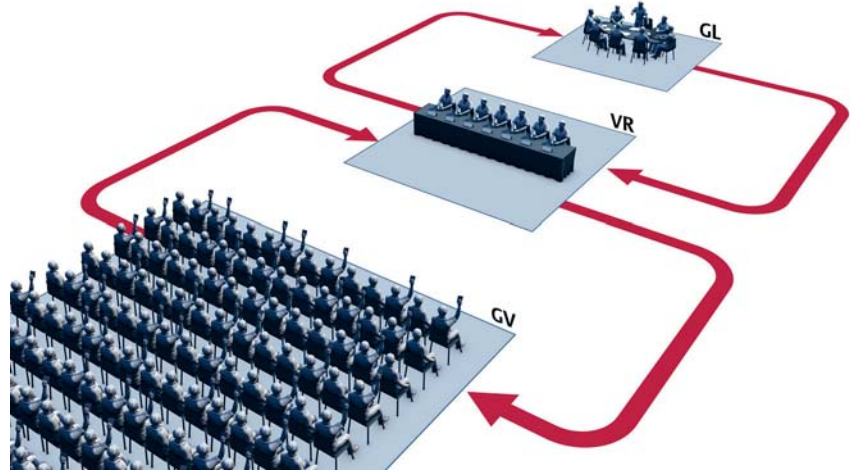
La direction, élue et surveillée par le conseil d'administration, a l'obligation de rendre des comptes à ce dernier. De son côté, le conseil d'administration doit rendre des comptes aux actionnaires. Il doit traiter tous les actionnaires de manière égale, peu importe qu'ils soient de grands investisseurs ou de petits actionnaires (cf. graphique 3).

Graphique 3

► Le premier cycle illustre le rapport entre l'assemblée générale (AG) et le conseil d'administration (CA) : L'AG confie au CA la responsabilité de la direction suprême de l'entreprise. Le CA rend des comptes à l'AG pour ses activités. Le deuxième cycle illustre le rapport entre le CA et la direction : Le CA embauche et contrôle la direction à qui elle confie les activités opérationnelles. La direction rend des comptes au CA pour ses activités.

Une gouvernance d'entreprise de qualité pour la société anonyme

Répartition des tâches et compétences



Source : economiesuisse / Note : GV : assemblée générale / VR : conseil d'administration / GL : direction

► Le conseil d'administration suisse par rapport au modèle allemand.

► Le conseil d'administration peut être révoqué par les actionnaires à tout moment.

Le conseil d'administration est l'organe de direction suprême

En ce qui concerne la répartition des tâches, le fait de confier au conseil d'administration la responsabilité pour la direction suprême de la société est au «cœur du système suisse»¹. Cela distingue aussi le conseil d'administration helvétique du conseil de surveillance allemand, car outre-Rhin la responsabilité relative à la direction est confiée au comité de direction. Par rapport au modèle allemand, notre conseil d'administration réunit toutes les fonctions d'un organe de surveillance, mais aussi presque toutes les compétences d'un comité de direction allemand. Comme ce dernier, il assume en particulier la responsabilité pour la haute direction, une tâche qu'il ne peut déléguer et à laquelle il ne peut se soustraire.

En tant qu'organe suprême, le conseil d'administration, élu par les actionnaires, est l'interlocuteur direct de ces derniers en Suisse. En Allemagne, ce n'est pas le conseil de surveillance, élu par les actionnaires, qui s'adresse à l'assemblée générale, mais le comité de direction, un organe nommé par le conseil de surveillance. Ce n'est pas non plus le conseil de surveillance, mais le comité de direction qui arrête l'ordre du jour et exerce donc dans la pratique une fonction de direction poussée vis-à-vis des actionnaires. En Suisse, le conseil d'administration peut être révoqué par les actionnaires à tout moment pendant son mandat, tandis qu'en Allemagne, le conseil de surveillance ne peut même pas révoquer un membre du comité de direction en cours de mandat sans une raison importante. Il en ressort que dans les sociétés anonymes allemandes, le pouvoir juridique se trouve clairement auprès du comité de direction et non auprès du conseil de surveillance, nommé par les actionnaires. Le pouvoir est donc bien plus éloigné des actionnaires que dans les sociétés anonymes helvétiques.

1

Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4e édition 2009, §13 N. 299, p. 904 et suivantes.

Initiative Minder : mise sous tutelle du CA

► L'initiative bloquerait les entreprises suisses.

Paralysie de la direction

L'initiative Minder contient plusieurs dispositions contraignant les actionnaires de sociétés cotées en Bourse à prendre des décisions sur des questions relevant de la gestion. Ainsi, ils devraient toujours définir la durée des contrats de travail des membres de la direction et déterminer le montant des crédits, des prêts et des rentes accordés aux membres des organes. De même pour les plans de bonus et de participation et le nombre de mandats externes pouvant être exercés par les membres des organes de l'entreprise. Tous ces détails devraient en outre obligatoirement être arrêtés dans les statuts. Et toute modification des statuts nécessiterait la convocation d'une assemblée générale ainsi qu'une authentification notariale. Cela entraînerait non seulement des coûts disproportionnés – les coûts pour la convocation et la tenue d'une assemblée générale avoisinent un million de francs pour une grande société ouverte au public –, mais ralentirait aussi le processus de décision pour les questions de gestion. Un mois et demi voire deux mois s'écoulent généralement entre la convocation de l'assemblée générale et la prise de décision par celle-ci. Il faut ajouter à cela une période d'incertitude légale de deux mois pendant laquelle les décisions de l'assemblée générale peuvent faire l'objet d'une contestation devant les tribunaux. Ce n'est qu'après trois ou quatre mois qu'on saurait si une décision est définitive. En cas d'action en annulation, l'entreprise serait dans l'incapacité de prendre une décision pendant un laps de temps prolongé. L'auteur de l'initiative aurait ainsi atteint son objectif déclaré, la mise sous tutelle du conseil d'administration¹. Concrètement, le conseil d'administration serait paralysé pour les tâches liées à la gestion de l'entreprise, en particulier ses tâches principales à savoir l'élection, la surveillance et, au besoin, la révocation des membres de la direction. Au final, ce blocage de la direction est contraire aux intérêts des actionnaires orientés sur le long terme qui aspirent à une entreprise capable d'agir. Et ce d'autant plus que, en cas d'acceptation de l'initiative, les actionnaires seraient eux-mêmes paralysés : du fait du caractère contraignant des prescriptions, il leur serait interdit – au risque d'une peine privative de liberté – d'adopter des procédures différentes même si elles sont judicieuses du point de vue pratique pour leur entreprise. En conclusion, l'initiative ne renforce pas les droits des actionnaires, elle les affaiblit.

► Fixation de la rémunération des membres de la direction.

Par ailleurs, l'initiative demande par exemple l'instauration d'un vote obligatoire sur la somme des rémunérations des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif. Or les deux derniers organes sont placés sous la surveillance du conseil d'administration. Dès lors qu'il assume cette responsabilité, il doit conserver la compétence de fixer la rémunération de ses membres.

► Mis sous tutelle et tout de même responsable ?

L'auteur de l'initiative souhaite que l'assemblée générale soit contrainte de «mettre sous tutelle» le conseil d'administration. Cependant, l'introduction d'une responsabilité légale du «tuteur» n'est pas prévue. Le conseil d'administration serait non seulement responsable des décisions prises par les actionnaires, mais il encourrait des sanctions radicales. Pour toute atteinte à une des nombreuses prescriptions de l'initiative – ancrées dans la Constitution –, le conseil d'administration devrait obligatoirement être sanctionné par une peine privative de liberté.

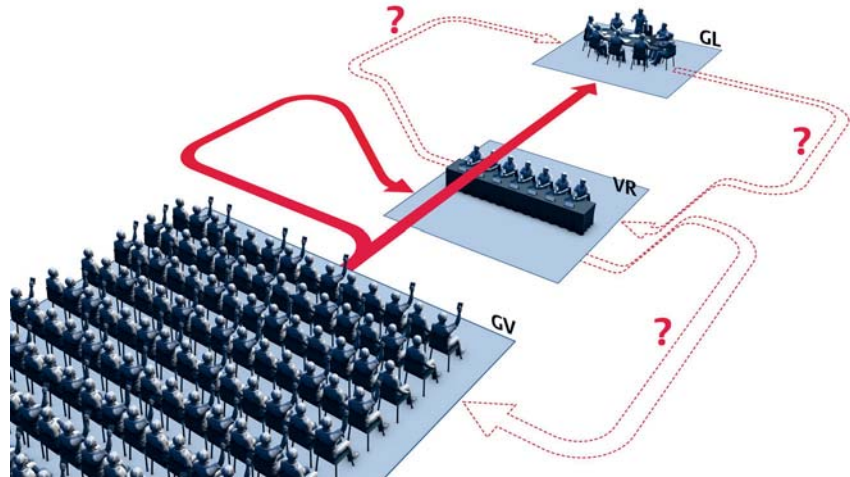
¹«Malheureusement, nous devons mettre sous tutelle le CA » a déclaré Thomas Minder dans une interview du Schaffhauser Bock, parue le 16 juin 2009.

Graphique 4

► Une ingérence de l'AG dans le domaine de compétence du CA entraîne une confusion entre les compétences des différents preneurs de décision d'une entreprise. On ne saurait plus qui assume les responsabilités. Cela porterait atteinte aux principes fondamentaux d'une bonne gouvernance d'entreprise.

«L'actionnaire dans le rôle d'un administrateur» : qui assume la responsabilité ?

Schéma des devoirs et responsabilités des différents organes



Source : economiesuisse / Note : GV : assemblée générale / VR : conseil d'administration / GL : direction

Révision du droit de la société anonyme**Nouveaux droits pour les actionnaires, nouvelles obligations pour le conseil d'administration**

► Le contre-projet est plus complet.

Dans la révision en cours du droit de la société anonyme, le Conseil fédéral propose une série de mesures visant à renforcer les droits des actionnaires. Parallèlement, il entend durcir les obligations du conseil d'administration. Les instruments prévus à cet effet sont à la fois plus complets et plus variés que ceux de l'initiative Minder : outre un élargissement des droits des actionnaires dans le domaine des rémunérations, le contre-projet instaure de nouvelles obligations pour le conseil d'administration et de nouvelles possibilités en matière d'action en restitution de prestations perçues indûment. Le Conseil fédéral propose notamment les nouveautés suivantes :

Droits des actionnaires

► Extension importante des droits des actionnaires.

En général

- Abaissement des seuils pour la convocation d'une assemblée générale, l'inscription d'un objet à l'ordre du jour et l'institution d'un examen spécial
- Renforcement du droit à l'information et extension du domaine d'application de l'action en restitution de prestations indues
- Election individuelle et annuelle obligatoire du conseil d'administration
- Interdiction impérative du droit de vote du dépositaire ou d'un membre d'un organe de la société
- Participation facilitée à l'assemblée générale, grâce à l'utilisation d'instruments électroniques
- Compétence statutaire générale de l'assemblée générale en ce qui concerne l'approbation des décisions du conseil d'administration et des rémunérations des membres du conseil d'administration, de la direction et du conseil consultatif

En outre, pour les sociétés anonymes cotées en Bourse

- Approbation obligatoire de la rémunération des membres du conseil d'administration par l'assemblée générale
- Vote consultatif obligatoire sur les rémunérations des membres de la direction et du conseil consultatif par l'assemblée générale

Nouvelles obligations du conseil d'administration

► Nouvelles obligations pour le conseil d'administration.

Obligations du conseil d'administration

En général

- Durcissement des devoirs de diligence et de fidélité en matière de fixation des rémunérations
- Réglementation claire de la gestion des conflits d'intérêts

En outre, pour les sociétés anonymes cotées en Bourse

- Etablissement d'un règlement concernant les rémunérations
- Etablissement d'un rapport sur les rémunérations
- Publication des rémunérations, indemnités, prêts, crédits, etc.
- Publication de la durée des contrats de travail des membres de la direction
- Interdiction d'exercer une influence réciproque sur la fixation du montant des rémunérations

► Le Conseil des États renforce encore les compétences contraignantes des actionnaires.

Durant la session d'été 2009, le Conseil des États a décidé d'étendre les compétences contraignantes des actionnaires au-delà des propositions du Conseil fédéral. Il propose notamment de transférer à l'assemblée générale la compétence pour l'élection du représentant des droits de vote indépendant jusqu'ici dévolue au conseil d'administration. Pour les entreprises cotées en Bourse, il est question de transférer à l'assemblée générale la compétence d'élire le président du conseil d'administration, aujourd'hui assumée par le conseil d'administration en principe. Ce changement serait lui aussi obligatoire. Les actionnaires ne pourraient pas ancrer dans les statuts une disposition confiant cette tâche au conseil d'administration.

Évaluation

l'économie suisse approuve l'orientation donnée par le contre-projet indirect. Outre une extension des droits des actionnaires, celui-ci prévoit l'instauration de nouvelles obligations pour le conseil d'administration. Il propose une vaste panoplie d'instruments permettant d'agir de manière ciblée sur plusieurs points afin d'éviter ou, le cas échéant, de corriger des dysfonctionnements. Dans l'ensemble, les mesures arrêtées dans le contre-projet indirect sont plus efficaces et plus diversifiées que celles de l'initiative Minder. Cependant, le projet contient aussi plusieurs propositions non abouties, dont certaines ont déjà été corrigées par la Chambre haute durant la session d'été 2009. Il appartient maintenant au Conseil National d'améliorer les autres.

► Simplification de l'exercice des droits des actionnaires.

Abaissement des seuils pour l'AG, l'inscription de points à l'ordre du jour et l'institution d'un examen spécial

La réduction des valeurs seuil, qui facilite l'exercice de droits importants des actionnaires, doit être saluée. Il convient cependant de tenir compte du principe de la proportionnalité, en particulier en ce qui concerne l'investissement en temps et en travail nécessaire pour convoquer une assemblée générale d'une société ouverte au public. Aussi, dans la perspective d'une législation simple et transparente, les seuils en vigueur dans les sociétés cotées en Bourse doivent-ils être ramenés à 3 % pour l'institution d'un examen spécial ou la convocation d'une assemblée générale, et à 1 % pour l'inscription d'un objet à l'ordre du jour de l'assemblée générale.

► Des prescriptions obligatoires restreignent les possibilités des actionnaires.

Contrainte étatique ou autonomie des actionnaires

Le contre-projet indirect facilite l'exercice des droits des actionnaires du fait de la baisse des seuils, mais il réduit leur domaine de compétence en prévoyant des prescriptions obligatoires relatives à l'organisation de l'entreprise. La durée des mandats des administrateurs est une des questions concernées par les changements. Sur le plan pratique, ce sont surtout deux éléments qui posent problème, à savoir l'impossibilité pour les actionnaires de renoncer, sous certaines conditions, aux mécanismes d'approbation de la rémunération des administrateurs dans les statuts et l'impossibilité de déléguer la responsabilité pour l'élection du président du conseil d'administration.

► Durée du mandat des membres du conseil d'administration.

Fixation de la durée du mandat des membres du conseil d'administration

L'introduction obligatoire d'un mandat d'une année pour les membres du conseil d'administration affaiblirait la position des actionnaires, car elle les priverait d'une compétence de décision. Il importe que les actionnaires puissent continuer de fixer eux-mêmes la durée des mandats des membres de leur conseil d'administration. Grâce à l'abaissement du seuil pour l'inscription d'un objet à l'ordre du jour, il sera plus facile de révoquer un membre du conseil d'administration en cours de mandat. En conclusion, il convient d'approuver la décision du Conseil des États de renoncer à l'introduction obligatoire d'un mandat d'une année. Les actionnaires devraient au minimum avoir la possibilité de prévoir des mandats de plusieurs années dans les statuts.

► Rémunération des membres du conseil d'administration : défaillance de la direction stratégique en cas de refus par l'AG ?

Approbation obligatoire de la rémunération des membres du conseil d'administration

La participation directe de l'assemblée générale à la fixation des rémunérations est, contrairement à ce qui est le cas pour les membres de la direction, justifiée en ce qui concerne les membres du conseil d'administration. L'approbation par les actionnaires, telle que prévue par le projet, va donc dans la bonne direction. Toutefois, les conséquences d'un refus n'ont toujours pas été clairement établies. A ce sujet, le message prévoit seulement que les administrateurs peuvent renoncer à leur nomination ou refuser leur élection. Or, on ne saurait se satisfaire d'une loi qui se contente de constater une défaillance au niveau de la direction stratégique d'une entreprise cotée en Bourse. Les actionnaires doivent dans tous les cas avoir la possibilité de renoncer, sous certaines conditions, à prévoir l'approbation obligatoire dans les statuts. Il convi-

ent également d'observer les développements récents à l'étranger¹. On songe ici notamment aux débats en cours aux États-Unis sur l'introduction d'un vote consultatif sur le rapport de rémunération («Say on Pay»). Plusieurs grandes sociétés suisses procèdent d'ailleurs – conformément aux recommandations du «Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise» – déjà à de tels votes consultatifs.

Droit de vote du dépositaire ou d'un membre d'un organe de la société, modèle de l'actionnaire fiduciaire

► Protection des actionnaires minoritaires vidée de sa substance.

En demandant l'abolition de la représentation de l'actionnaire par le dépositaire ou par un membre d'un organe de la société, le contre-projet fait fausse route : on prive ainsi les actionnaires de deux manières simples de se faire représenter. Des prescriptions claires relatives à la procuration suffisent à éviter les éventuels conflits d'intérêts en la matière. Déjà prévues dans le droit en vigueur, il suffirait de les modifier et de les compléter en conséquence. La restriction des possibilités d'exercer leur droit de vote pourrait inciter les actionnaires à renoncer à voter. Or, plus la participation est faible, plus il devient facile pour des investisseurs de prendre le contrôle d'une entreprise moyennant une mise de fonds relativement modeste. Ce problème est accentué par le nombre élevé d'actions dispo, dont les détenteurs ne participent pas aux votes faute d'inscription au registre. Cela a pour effet de vider de sa substance la protection des actionnaires minoritaires contre un rachat. L'introduction du modèle de l'actionnaire fiduciaire ou «nominee» permettrait d'accroître le taux de participation des actionnaires. economiesuisse soutient la proposition du Conseil des États tout en exigeant qu'il soit renoncé à l'instauration d'une interdiction du droit de vote du dépositaire ou d'un membre d'un organe de la société.

► Entreprise dirigée par les actionnaires ?

Approbation des décisions du CA : le Conseil fédéral ouvre «la boîte de Pandore»

D'une part, en raison du caractère obligatoire des prescriptions proposées par le Conseil fédéral et le Conseil des États relatives à la durée des mandats des administrateurs, à l'élection du président du conseil d'administration et du représentant des droits de vote et de la restriction de la représentation institutionnelle des actionnaires lors de l'assemblée générale, il serait interdit d'adopter une réglementation différente dans les statuts. D'autre part, le Conseil fédéral a ouvert une boîte à problèmes en proposant un nouvel instrument statutaire obligeant le conseil d'administration à soumettre certaines de ses décisions à l'approbation de l'assemblée générale². Ainsi, selon le projet du Conseil fédéral, celle-ci disposerait d'une réserve d'approbation statutaire en ce qui concerne la haute direction de la société et les instructions données à la direction, par exemple. Cette proposition ne prend pas en considération le fait que les actionnaires ne sont tenus à aucun devoir de fidélité ou de diligence, ni à une quelconque obligation relative aux secrets d'affaires. De plus, contrairement aux membres du conseil d'administration, ils n'assument aucune responsabilité légale ni ne doivent respecter des règles destinées à éviter les conflits d'intérêts. Si l'on introduisait une telle obligation d'obtenir l'approbation de l'assemblée générale, les retards et complications qui en découleraient empêcheraient les entreprises de prendre des décisions importantes à temps et se verraient donc paralysées. Du fait de la possibilité de contester les décisions de l'assemblée en justice, il faut s'attendre à ce que les tribunaux soient appelés à se prononcer sur des décisions en relation avec la gestion opérationnelle d'une entreprise. Le refus de cette compétence d'approbation statutaire par le premier conseil durant la session d'été 2009 est dès lors opportun.

► Embauche de membres de la direction: une tâche et une responsabilité dévolues au conseil d'administration.

L'embauche, la surveillance et la révocation des membres de la direction sont des tâches importantes du conseil d'administration dont il assume aussi la

¹ Le conseil d'administration suisse ne peut toutefois être comparé au conseil de surveillance (Aufsichtsrat) allemand, comme démontré ci-dessus..

² Cf. commentaire de Peter Böckli, op. cit., § 13 N. 295b.

responsabilité. La fixation de la rémunération des membres de la direction en fait partie intégrante. Aujourd'hui déjà, le conseil d'administration est tenu de divulguer la rémunération totale de la direction, y compris celle du membre touchant la rémunération la plus élevée. Il est juste d'obliger aussi le conseil d'administration à expliquer aux actionnaires, dans le rapport de rémunération, les principes du système de rémunération et la manière dont celui-ci est appliqué. Les actionnaires doivent avoir la possibilité de s'exprimer au sujet du montant de la rémunération versée aux membres de la direction dans le cadre du débat sur le rapport de rémunération. La fixation du montant concret de la rémunération allouée aux membres de la direction doit néanmoins rester la tâche et la responsabilité du conseil d'administration. Pour ces raisons, il convient de rejeter la proposition du Conseil fédéral qui prévoit une compétence statutaire de l'assemblée générale en matière de fixation des rémunérations des membres de la direction. La suppression de cette compétence n'ayant pas passé (de justesse) la rampe du Conseil des États, il serait souhaitable que le second conseil rectifie le tir.

Évaluation globale du contre-projet indirect

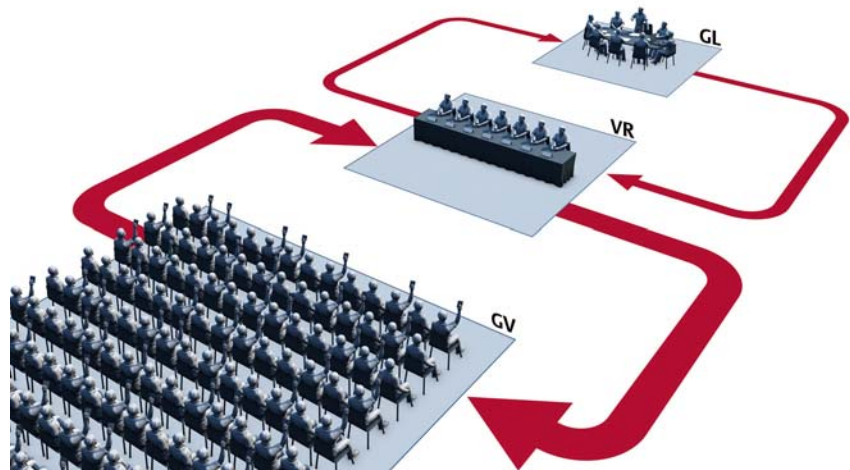
Le contre-projet indirect à l'initiative Minder propose des mesures aussi nombreuses que diverses qui permettent de répondre de manière plus efficace et plus ciblée aux exigences de l'initiative, à savoir renforcer les droits des actionnaires et éviter les abus en matière de rémunérations. Non seulement il étoffe considérablement les droits des actionnaires à plusieurs niveaux, mais aussi il instaure de nouvelles obligations pour le conseil d'administration. Cependant, le Parlement est invité à améliorer le projet de loi sur plusieurs points afin de garantir la «séparation des pouvoirs» entre l'assemblée générale et le conseil d'administration. D'une manière générale, il convient de privilégier les dispositions légales conservant une liberté d'organisation dans les statuts aux prescriptions obligatoires rigides et uniformes.

Graphique 5

► Le contre-projet indirect veut renforcer les droits des actionnaires et étendre les obligations du conseil d'administration. Il importe, dans la suite des débats parlementaires, d'éviter une dilution des responsabilités (comparer avec le graphique 4).

Schéma de bonne conduite d'une société par actions

Devoirs et domaines de responsabilités des différents organes



Source : economiesuisse / Note : GV : assemblée générale / VR : conseil d'administration / GL : direction

Pour tous renseignements :

urs.furrer@eonomiesuisse.ch